

Die Kürzung oder Streichung übertariflicher Geldzulagen

- Versuch einer Harmonisierung der individual-
und kollektivrechtlichen Kürzungs- und
Streichungsinstrumente -**

**Inauguraldissertation zur Erlangung des Doktorgrades
des Fachbereichs Rechtswissenschaften der
Justus-Liebig-Universität
zu Gießen**

**vorgelegt von
Daniel Neth
Rechtsreferendar
aus Biebertal**

Gießen 2000

Erstgutachter: Bundesverfassungsrichter a.D. Prof. Dr. Alfred Söllner
Zweitgutachter: Prof. Dr. Raimund Waltermann
Dekan: Prof. Dr. Raimund Waltermann
Tag der mündlichen Prüfung: 15. Februar 2000

Meinem lieben Vater

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Wintersemester 1998/1999 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Justus-Liebig-Universität Gießen als Dissertation angenommen worden. Die nach Abschluß des Manuskripts zu dem Thema veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur wurden, soweit möglich, noch bis Juni 1999 berücksichtigt. Die Disputation fand am 15. Februar 2000 statt.

Ganz besonderen Dank schulde ich Herrn Bundesverfassungsrichter a.D. Professor Dr. Alfred Söllner für die stets wohlwollende Förderung und intensive Betreuung der Arbeit. Seine hilfreichen Anregungen und Ratschläge haben wesentlich zu ihrem Gelingen beigetragen. Mein Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Raimund Waltermann für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Bedanken möchte ich mich weiterhin bei allen, die mich bei der Entstehung der vorliegenden Arbeit unterstützt haben. Zu nennen sind insbesondere Frau Michaela Wörner und Herr René Schmidt für die tatkräftige Mitarbeit beim Korrekturlesen. Dank gilt auch meinem langjährigen Studienkollegen Herrn Dr. Fuhrmann, der mir hilfreiche Ratschläge für die Drucklegung der Arbeit gab sowie meiner Freundin Frau Jeannette Baumann, die mir bei der Organisation der Arbeit stets die notwendige Unterstützung zukommen ließ.

Schließlich möchte ich an dieser Stelle noch ganz herzlich meinem Vater danken, der mich die ganzen Jahre gefördert, unterstützt und geleitet hat und ohne dessen Zutun die vorliegende Arbeit nicht hätte erbracht werden können. Ihm ist die vorliegende Arbeit gewidmet.

Gießen, im März 2000

Daniel Neth

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	19
-----------------------------------	-----------

TEIL 1: EINLEITUNG UND PROBLEMAUFRIß.....	23
--	-----------

A. Begriff der freiwilligen übertariflichen Zulage.....	31
--	-----------

I. Übertarifliche Zulage	31
--------------------------------	----

II. Begriffliche Abgrenzung übertariflicher Zulagen von außertariflichen Zulagen.....	32
--	----

III. Freiwilligkeit der übertariflichen Zulage	34
--	----

B. Zweck der freiwilligen übertariflichen Geldzulage	34
---	-----------

I. Ausgleich tariflicher Fehlentwicklungen.....	34
---	----

II. Erzielung arbeitsmarktgerechter Vergütung	35
---	----

III. Ausgleich regionaler Differenzen.....	35
--	----

IV. Konjunkturzulage.....	35
---------------------------	----

V. Honorierung besonders guter und individueller Leistungen	35
---	----

VI. Sonstige Gewährungsgründe	36
-------------------------------------	----

TEIL 2: DIE RECHTLICHE AUSGESTALTUNG DER GEWÄHRUNG ÜBERTARIFLICHER GELDZULAGEN.....	36
--	-----------

A. Die Regelung übertariflicher Geldzulagen auf individualrechtlicher Ebene.....	36
---	-----------

I. Die Gewährung durch Individualarbeitsvertrag	36
---	----

1. Vorbemerkung.....	36
----------------------	----

2. Begriff der Gewährung	37
--------------------------------	----

3. Rechtliche Ausgestaltung der Gewährung im Einzelnen	37
--	----

a) „Einheitsprinzip“	37
----------------------------	----

b) „Trennungsprinzip“	38
-----------------------------	----

c) „Vorbehaltsprinzip“	38
------------------------------	----

d) Vereinbarung eines Widerrufsvorbehaltes	39
--	----

II. Die Regelung übertariflicher Geldzulagen durch Allgemeine Arbeitsbedingungen	41
---	----

1. Vorbemerkung.....	41
----------------------	----

2. Begriff und Rechtsgrundlage der Allgemeinen Arbeitsbedingungen	41
--	----

a) Arbeitsvertragliche Einheitsregelung	43
---	----

b) Gesamtzusage	45
-----------------------	----

aa) „Vertragstheorie“	46
-----------------------------	----

bb) Individualrechtliche Gestaltungserklärung im Sinne des § 315 BGB	47
---	----

cc) Kollektivrechtliche Gestaltungserklärung im Sinne des § 315 BGB	48
dd) Analogie zu den §§ 657 ff. BGB	49
ee) Stellungnahme.....	50
c) Betriebliche Übung	52
aa) Tatbestand	52
bb) Rechtsnatur.....	53
(1) „Vertragstheorie“	54
(2) „Vertrauenshaftungstheorie“	54
(3) Stellungnahme.....	56
3. Folgerungen.....	60

B. Die Regelung übertariflicher Geldzulagen auf

betriebsverfassungsrechtlicher Ebene..... 60

I. Vorbemerkung.....	60
II. Die Gewährung durch Betriebsvereinbarung.....	61
1. Begriff, Rechtsnatur und Wirkung.....	61
2. Zustandekommen durch einen Vertrag zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat	62
a) Schriftformerfordernis und verfahrensrechtliche Regeln.....	62
b) Bindung an zwingendes staatliches Recht.....	63
3. Zustandekommen durch einen Spruch der Einigungsstelle.....	64
4. Gegenstand und Regelungssperre des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG	64
a) Arbeitsentgelt.....	64
aa) Arbeitsentgelt im engen Sinne	65
bb) Arbeitsentgelt im weiten Sinne.....	65
b) Regelung durch Tarifvertrag.....	65
c) Tarifübliche Regelung	67
d) Geltungsbereich	68
5. Folgerungen.....	68
III. Die Gewährung durch Regelungsabrede.....	68
1. Begriff und Wirkung	68
2. Zustandekommen.....	69
3. Gegenstand und Regelungssperre des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG	69
4. Folgerungen.....	71

C. Die Regelung des Schicksals übertariflicher Geldzulagen

durch tarifvertragliche Effektivklauseln im Fall

einer Tariflohnerhöhung 71

I. Effektivgarantieklausel	71
II. Beschränkte Effektivklausel	72

D. Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Gewährung über-	
tariflicher Geldzulagen gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.....	73
I. Vorbemerkung.....	73
II. Voraussetzungen für ein Mitbestimmungsrecht gemäß	
§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG	74
1. Betriebliche Lohngestaltung als Gegenstand der Mitbestimmung	74
a) Lohnbegriff	74
b) Begriff der betrieblichen Lohngestaltung	74
c) Zweck und Inhalt des Mitbestimmungsrechtes bei der	
betrieblichen Lohngestaltung	75
2. Kollektive Regelung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.....	76
a) Entwicklung der Rechtsprechung.....	76
b) Auffassungen im Schrifttum	77
c) Stellungnahme.....	79
III. Ausschlußgründe hinsichtlich eines sich aus § 87 Abs. 1	
Nr. 10 BetrVG ergebenden Mitbestimmungsrechtes.....	85
1. Ausschluß durch Tarifvorbehalt nach §§ 77 Abs. 3 S. 1	
und 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG.....	85
2. Ausschluß durch Gesetzesvorbehalt nach § 87 Abs. 1	
Eingangssatz BetrVG.....	86
IV. Inhalt und Umfang des Mitbestimmungsrechtes aus § 87 Abs. 1	
Nr. 10 BetrVG bei der Gewährung übertariflicher Geldzulagen.....	86
1. Mitbestimmung beim Dotierungsrahmen übertariflicher	
Geldzulagen.....	87
a) „Topftheorie“.....	87
b) Argumente gegen die „Topftheorie“.....	89
c) Stellungnahme.....	90
2. Mitbestimmung bei den Verteilungskriterien übertariflicher	
Geldzulagen.....	96
3. Mitbestimmung beim Zweck übertariflicher Geldzulagen.....	96
4. Mitbestimmung beim begünstigten Personenkreis	
übertariflicher Geldzulagen	98
5. Initiativrecht des Betriebsrates	99
a) Initiativrecht bei der Einführung übertariflicher Geldzulagen	99
aa) Auffassung der Rechtsprechung und der Rechtslehre.....	99
bb) Stellungnahme	102
b) Initiativrecht bei der näheren Ausgestaltung übertariflicher	
Geldzulagen	104
E. Die Beachtung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrund-	
satzes bei der Gewährung übertariflicher Geldzulagen	105
I. Vorbemerkung.....	105
II. Geltungsgrundlage der Gleichbehandlungspflicht.....	105
III. Einheitlicher Charakter und Inhalt	106

IV. Rechtswirkung bei einem Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz	108
1. Rechtliche Konstruktion eines Anspruches auf übertarifliche Geldzulagen	108
2. Gleichbehandlung unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers.....	109
a) Die Umsetzung der Gleichbehandlung im Mitbestimmungsverfahren	112
aa) Die Konzeption von <i>Birk</i> : Gleichbehandlung durch Erhöhung des Dotierungsrahmens bis zur finanziellen Unzumutbarkeitsgrenze des Arbeitgebers.....	112
bb) Die Konzeption von <i>Bauschke und Hilger/Stumpf</i> : Gleichbehandlung unter Aufrechterhaltung des Dotierungsrahmens	114
cc) Die Konzeption von <i>Maute</i> : Gleichbehandlung unter Berücksichtigung der gegensätzlichen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmern	115
dd) Stellungnahme	117
b) Die Umsetzung der Gleichbehandlung im Klagewege	122
aa) Die Konzeption des Bundesarbeitsgerichts: Gleichbehandlung durch volle Kostenbelastung des Arbeitgebers.....	122
bb) Die Konzeption von <i>Birk</i> und <i>Maute</i> : Gleichbehandlung durch volle Kostenbelastung des Arbeitgebers unter Berücksichtigung subjektiver Elemente bei der Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.....	125
cc) Stellungnahme und eigene Konzeption: Gleichbehandlung nur im Rahmen der vom Arbeitgeber vorgegebenen Dotierung.....	125
(1) Klagen einzelner benachteiligter Arbeitnehmer auf Gleichbehandlung.....	128
(2) Klagen aller benachteiligten Arbeitnehmer auf Gleichbehandlung	129

TEIL 3: DIE RECHTLICHEN MÖGLICHKEITEN DES ARBEITGEBERS, ÜBERTARIFLICHE ZAHLUNGEN WEGEN BETRIEBSBEDINGTER GRÜNDE TEILWEISE ODER GÄNZLICH EINZUSTELLEN.....131

A. Rechtliche Möglichkeiten zur teilweisen oder gänzlichen Zahlungseinstellung übertariflicher, durch Individualarbeitsvertrag gewährter Geldzulagen	131
I. Gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund eines Aufhebungsvertrages.....	131
II. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund eines Abänderungsvertrages.....	132
1. Vorbemerkung.....	132

2. Zustandekommen eines Abänderungsvertrages	133
3. Inhaltskontrolle von Abänderungsverträgen	135
a) Vorbemerkung	135
b) Rechtsgrundlage einer Inhaltskontrolle	136
c) Voraussetzungen einer Inhaltskontrolle	137
aa) Gestörte Vertragsparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer	137
bb) Die vom Arbeitgeber veranlaßte, für den Arbeitnehmer ungünstige Änderung	140
(1) Die druckfreie Situation	140
(2) Kompensation	140
(3) Nachträgliche Vertragsänderung unter Druck	140
(a) Drohung mit einem Widerruf der übertariflichen Geldzulagen nach freiem Belieben.....	141
(b) Drohung mit einer betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG	141
III. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund der Ausübung eines ausdrücklich vorbehaltenen Widerrufs.....	142
1. Begriff, Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Widerrufs.....	143
2. Die Ausübung des Widerrufsvorbehaltes.....	144
a) Widerruf nach freiem Belieben	144
b) Widerruf nach billigem Ermessen im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB.....	144
c) Freies Belieben oder billiges Ermessen ?	146
aa) Die Ansicht des Bundesarbeitsgerichts und der überwiegen- den Rechtslehre: Widerrufsausübung nur nach billigem Ermessen im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB.....	147
bb) Die Ansicht von <i>Hanau</i> : Widerrufsausübung auch nach freiem Belieben.....	150
cc) Eigene Ansicht: Zulässigkeit des Widerrufs auch nach freiem Belieben.....	151
(1) Keine Umgehung des § 2 KSchG	152
(2) Regelung in § 315 Abs. 1 BGB dispositiv	153
(3) Rechtliche Harmonie zu § 77 Abs. 5 BetrVG	157
d) Grenzen der Widerrufsausübung	160
aa) Beachtung des § 134 BGB in Verbindung mit § 2 KSchG	161
bb) Beachtung des § 138 BGB	161
(1) Widerruf aus verwerflichen Motiven	162
(2) Erhebliches Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung.....	162
cc) Beachtung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungs- grundsatzes	163
IV. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund der Ausübung eines konkludent vorbehaltenen Widerrufs.....	163

V. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer betriebsbedingten Änderungskündigung gemäß §§ 2 S. 1 und 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG	164
1. Legaldefinition der Änderungskündigung	164
2. Annahme des arbeitgeberseitigen Änderungsangebotes ohne Vorbehalt	165
3. Annahme des arbeitgeberseitigen Änderungsangebotes unter Vorbehalt	166
4. Ablehnung des arbeitgeberseitigen Änderungsangebotes ohne Vorbehalt	167
5. Die Sozialwidrigkeit einer betriebsbedingten Änderungskündigung	167
a) Vorbemerkung	167
b) Dringende betriebliche Erfordernisse	169
c) Zumutbarkeit der Änderung	171
d) Interessenabwägung	173
e) Sozialauswahl	173
6. Beteiligung des Betriebsrates	174
7. Besonderheiten bei der betriebsbedingten Massenänderungskündigung	176
a) Dringende betriebliche Erfordernisse	176
b) Sozialauswahl	178
c) Kündigungsschutz bei Massenentlassungen	180
aa) Anzeigepflicht nach § 17 KSchG	181
bb) Beteiligung des Betriebsrates bei anzeigepflichtigen Entlassungen	182
cc) Anzeige an das Arbeitsamt	182
dd) Rechtsfolgen bei unterlassenen Anzeigen	183
VI. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer betriebsbedingten Teilkündigung	184
VII. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage	187
1. Allgemeines und Begriff	187
2. Finanzielle Schwierigkeiten des Arbeitgebers	189
a) Äquivalenzstörung	189
b) Zweckstörung	190
c) Wirtschaftliche Notlage	190
3. Subsidiarität	192
a) Verhältnis zum Individualarbeitsvertrag	192
b) Verhältnis zur außerordentlichen Änderungskündigung	193
VIII. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund Allgemeiner Arbeitsbedingungen	194
1. Vorbemerkung	194
2. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer arbeitsvertraglichen Einheitsregelung	197

3. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer Gesamtzusage	198
4. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer betrieblichen Übung	199
a) Die Ansicht des Bundesarbeitsgerichts	200
b) Die Ansicht der Rechtslehre	201
c) Stellungnahme	207
IX. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer ablösenden „verschlechternden“ Betriebsvereinbarung	213
1. Vorbemerkung	214
2. Begriffliche Abgrenzung einer ablösenden Betriebsvereinbarung von einer nachfolgenden Betriebsvereinbarung	214
3. Meinungsübersicht über das Verhältnis zwischen Günstigkeitsprinzip und Betriebsautonomie	216
a) Das Günstigkeitsprinzip als Teil des § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG	216
b) Die Theorie der Normsetzungsprärogative	218
c) Stellungnahme	221
X. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer Regelungsabrede	223
XI. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer tarifvertraglichen Regelung	224

B. Rechtliche Möglichkeiten zur teilweisen oder gänzlichen Zahlungseinstellung übertariflicher, durch Allgemeine Arbeitsbedingungen gewährter Geldzulagen	224
I. Vorbemerkung	224
II. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund der Ausübung eines ausdrücklich oder konkludent vorbehaltenen Widerrufs	226
1. Vorbemerkung	226
2. Vereinbarung eines Widerrufsvorbehaltes	227
a) Ausdrücklicher Widerrufsvorbehalt	227
b) Konkludenter Widerrufsvorbehalt	228
3. Die Ausübung des Widerrufsvorbehaltes	228
III. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer ablösenden „verschlechternden“ oder ablösenden „umstrukturierenden“ Betriebsvereinbarung	229
1. Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips	230
a) Die Konzeption des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts: Modifikation des Günstigkeitsprinzips durch einen kollektiven Günstigkeitsvergleich	230
b) Kritik am kollektiven Günstigkeitsprinzip	234
c) Stellungnahme	238
d) Negierung des Günstigkeitsprinzips durch die Vertreter der Theorie der Normsetzungsprärogative	242

e) Stellungnahme.....	245
2. Betriebsvereinbarungsoffener Arbeitsvertrag	253
3. Kompensation des Günstigkeitsprinzips durch die konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit der Arbeitsverträge	254
4. Inhaltskontrolle einer ablösenden „verschlechternden“ oder ablösenden „umstrukturierenden“ Betriebsvereinbarung	257
a) Vorbemerkung	257
b) Billigkeitskontrolle.....	258
c) Ermessenskontrolle	261
d) Rechtskontrolle.....	263
e) Stellungnahme.....	263
IV. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer Regelungsabrede	267

C. Rechtliche Möglichkeiten zur teilweisen oder gänzlichen Zahlungseinstellung übertariflicher, durch Betriebsvereinbarung gewährter Geldzulagen267

I. Gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund eines Aufhebungsvertrages.....	267
1. Ablösungsprinzip.....	268
2. Schriftformerfordernis des Aufhebungsvertrages gemäß § 77 Abs. 2 BetrVG.....	270
3. Rechtliche Folgerungen	271
II. Teilweise Zahlungseinstellung aufgrund eines Abänderungsvertrages.....	271
III. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund der Ausübung eines in der Betriebsvereinbarung vorbehaltenen Widerrufs	273
1. Betrieblicher Widerruf gegenüber dem Betriebsrat.....	273
2. Betrieblicher Widerruf gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern.....	274
IV. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer arbeitgeberseitigen ordentlichen Kündigung der Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 5 BetrVG	275
1. Voraussetzungen der Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG	275
a) Form der Kündigungserklärung	275
b) Zugang der Kündigung.....	276
c) Kündigungsgrund	276
aa) Einschränkung des freien Kündigungsrechtes	277
(1) Die Ansichten von <i>Hanau/Preis</i> und <i>Hilger/Stumpf</i> : Einschränkung wegen Wertungswidersprüchen zu individualrechtlichen Veränderungs- und Beendigungsinstrumentarien	278
(2) Kritik an den Ansichten von <i>Hanau/Preis</i> und <i>Hilger/Stumpf</i>	279

(a) Keine Wertungskonflikte oder Wertungswidersprüche zwischen dem Widerruf nach freiem Belieben und der Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG	281
(b) Keine Wertungskonflikte oder Wertungswidersprüche zwischen der Änderungskündigung nach § 2 KSchG und der Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG.....	283
(3) Die Ansicht von <i>Schaub</i> : Einschränkung durch die zwingende Vorabprüfung einer Änderungskündigung analog § 2 KSchG	285
(4) Kritik an der Ansicht von <i>Schaub</i>	289
(a) Keine Legitimation der Änderungskündigung analog § 2 KSchG durch das „ultima-ratio-Prinzip“.....	289
(b) Keine Legitimation der Änderungskündigung analog § 2 KSchG durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	290
(c) Keine dogmatische Fundierung der Änderungskündigung analog § 2 KSchG mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nach dem Prinzip der unechten Rückwirkung	292
(d) Keine Legitimation der Änderungskündigung analog § 2 KSchG durch eine Regelungslücke des § 77 Abs. 5 BetrVG	294
(5) Die Ansicht von <i>Hilger/Stumpf</i> : Einschränkung durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes nach dem Prinzip der unechten Rückwirkung	294
(6) Kritik an der Ansicht von <i>Hilger/Stumpf</i>	296
(7) Die Ansicht von <i>Krebs</i> : Einschränkung durch eine Inhaltskontrolle analog § 315 Abs. 1 und 3 BGB	297
(8) Kritik an der Ansicht von <i>Krebs</i>	298
(9) Generelle Bedenken gegen die Einschränkung.....	299
(10) Ergebnis zur Einschränkung des freien Kündigungsrechtes	300
bb) Abweichende Regelungen hinsichtlich des freien Kündigungsrechtes.....	300
2. Rechtsfolgen der arbeitgeberseitigen ordentlichen Kündigung	300
a) Wegfall der Anspruchsgrundlage für übertarifliche Geldzulagen	301
b) Nachwirkung der übertarifliche Geldzulagen regelnden teilmittelbestimmten Betriebsvereinbarung gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG	301
aa) Nachwirkung bei beabsichtigter gänzlicher Streichung der übertariflichen Geldzulagen.....	304
(1) Keine Nachwirkung der gesamten teilmittelbestimmten Betriebsvereinbarung	304
(2) Nachwirkung der gesamten teilmittelbestimmten Betriebsvereinbarung	306
(a) Nachwirkung in Analogie zu § 4 Abs. 5 TVG	306

(b) Nachwirkung in Analogie zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 112 BetrVG (Ablehnung der „Topftheorie“)	308
(3) Stellungnahme.....	309
bb) Nachwirkung bei beabsichtigter teilweiser Streichung der übertariflichen Geldzulagen und/oder beabsichtigter Änderung des Leistungsplanes	312
(1) Auffassung der Rechtsprechung	313
(2) Auffassung der Rechtslehre.....	315
(a) Die Ansicht von <i>Loritz</i>	315
(b) Die Ansicht von <i>Hanau</i>	317
(c) Die Ansicht von <i>Leinemann</i>	318
(d) Die Ansichten von <i>Hess/Schlochauer/Glaubitz</i> , <i>Richardi</i> und <i>Berg</i>	318
(e) Die Ansicht von <i>Koenig</i>	319
(f) Die Ansicht von <i>Kreutz, Matthes, Schulin</i> und <i>Thüsing</i>	321
(g) Die Ansicht von <i>Klein</i>	323
(h) Die Ansicht von <i>Krebs</i>	324
(3) Stellungnahme.....	326
(a) Kritik an der Rechtsprechung.....	327
(aa) Keine Begründung der Gesamtnachwirkung mit dem Wortlaut des § 77 Abs. 6 BetrVG	327
(bb) Keine Begründung der Gesamtnachwirkung mit der Ratio des § 77 Abs. 6 BetrVG	329
(cc) Keine Begründung der Gesamtnachwirkung mit den Entscheidungsgründen der Urteile vom 3.8.1982 und vom 11.8.1992	331
[1] Fehlende Trennung zwischen Widerruf und Neu- verteilung der übertariflichen Geldzulagen	333
[2] Fehlerhafte Anknüpfung der erzwingbaren Mitbe- stimmung bereits beim Widerruf der übertarif- lichen Geldzulagen	335
(dd) Keine Abhängigkeit der Nachwirkungslage von den Kündigungsabsichten des Arbeitgebers	337
(ee) Merkwürdige Konsequenzen und lohnpolitische Gefahren der Entscheidung vom 26.10.1993	340
(b) Kritik an der Rechtslehre	341
(aa) Unmöglichkeit der Teilkündigung einer übertarif- liche Geldzulagen regelnden Betriebsvereinbarung	341
(bb) Kritik an der Umsetzung der beschränkten Nachwirkung	344
(c) Eigener Lösungsansatz: Berücksichtigung der Gestaltungs- wirkung der Kündigung und Beurteilung der Nachwir- kungslage unabhängig von den Kündigungsabsichten des Arbeitgebers	346

3. Betriebliche Vereinbarung einer Nachwirkung	349
4. Folgerungen	351
V. Gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer arbeitgeberseitigen außerordentlichen Kündigung der Betriebsvereinbarung	352
1. Vorbemerkung	352
2. Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung	353
a) Form und Zugang der Kündigung	353
b) Wichtiger Kündigungsgrund	353
3. Rechtsfolgen der außerordentlichen Kündigung	355
a) Wegfall der Anspruchsgrundlage für übertarifliche Geldzulagen	355
b) Nachwirkung der Betriebsvereinbarung gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG	355
VI. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage	356
1. Vorbemerkung	356
2. Geschäftsgrundlagenwegfall und dessen Rechtsfolge bei einer wirtschaftlichen Notlage	357
3. Subsidiarität	359
a) Verhältnis zur konkludenten Regelung in der Betriebsvereinbarung	359
b) Verhältnis zur außerordentlichen Kündigung der Betriebsvereinbarung	360
VII. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer nachfolgenden „verschlechternden“ Betriebsvereinbarung	361
1. Vorbemerkung	361
2. Ablösungsprinzip	362
3. Rechtskontrolle einer nachfolgenden „verschlechternden“ Betriebsvereinbarung	364
VIII. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer Regelungsabrede	364

D. Die Mitbestimmung des Betriebsrates gemäß § 87 Abs. 1

Nr. 10 BetrVG bei der teilweisen oder gänzlichen Streichung übertariflicher Geldzulagen durch einen Widerruf des Arbeitgebers	365
I. Vorbemerkung	365
II. Voraussetzung für ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG	366
III. Mitbestimmung beim Widerruf des Arbeitgebers ?	367
1. Auffassung des Bundesarbeitsgerichts	367
2. Auffassung der Rechtslehre	370
a) Die Ansicht von <i>Rau</i>	371
b) Die Ansicht von <i>Bommermann</i>	372
c) Die Ansicht von <i>Meisel</i>	372

d) Die Ansicht von <i>Krauß</i>	372
---------------------------------------	-----

3. Stellungnahme und eigener Lösungsansatz.....	373
---	-----

TEIL 4: ZUSAMMENFASSUNG	378
--------------------------------------	------------

LITERATURVERZEICHNIS.....	383
----------------------------------	------------

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen
AiB.....	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)
Alt.	Alternative
Ang.	Angestellte
Anm.	Anmerkung
AOGö.....	Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
Arb.	Arbeiter
Arb. Gr.	Arbeitsrechtlicher Grundriß
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei, Handbuch für die Praxis
ArbNErfG.....	Gesetz über Arbeitnehmererfindungen
ArbRdG.....	Das Arbeitsrecht der Gegenwart (Zeitschrift)
ArbuR.....	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
ArbZG.....	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AVR Caritasverband.....	Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE.....	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
Beil.	Beilage
BeschFG.....	Beschäftigungsförderungsgesetz
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung

BetrVG.....	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH.....	Bundesgerichtshof
BGH LM.....	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt; Blätter
BPersVG.....	Bundespersönalvertretungsgesetz
BR-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
BT.....	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE.....	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe; dieselben
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EzBAT	Entscheidungssammlung zum Bundesan- gestelltentarifvertrag
f.	folgende(s) (Blatt; Randnummer; Seite)
ff.	folgende (Blätter; Randnummern; Seiten)
Fn.	Fußnote
Fnn.	Fußnoten
FS.....	Festschrift
gem.	gemäß
gemeins.	gemeinsame
GewO.....	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GS.....	Gedächtnisschrift; Großer Senat
HGB.....	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
i.d.F.	in der Fassung
insbes.	insbesondere

JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KSchG.....	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE.....	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
Lit.	Literatur
LS.....	Leitsatz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW Rechtsprechungsreport Zivilrecht
n.n.v.	noch nicht veröffentlicht
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
n.v.	nicht veröffentlicht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht (Zeitschrift)
RdA.....	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rnn.	Randnummern
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite; Seiten; Satz
SAE.....	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen der Vereinigung der Arbeitgeberverbände
sinngem.	sinngemäß
std.	ständige
StGB	Strafgesetzbuch
TVArb Bundespost.....	Tarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundespost
TVG	Tarifvertragsgesetz
Urt.	Urteil

v. von; vom

vgl. vergleiche

Vorbem. Vorbemerkung

WiR..... Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)

WM..... Wertpapier-Mitteilungen

z. zum

ZAS..... Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

z.B. zum Beispiel

ZfA..... Zeitschrift für Arbeitsrecht

ZGR Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

zit. zitiert

ZPO..... Zivilprozeßordnung

ZZP Zeitschrift für Zivilprozeß

TEIL 1: EINLEITUNG UND PROBLEMAUFRIß

In der heutigen Zeit bilden übertarifliche Geldzulagen einen erheblichen Teil des Arbeitnehmereinkommens. Dies belegen die derzeit aktuellsten und umfassendsten Untersuchungen zur übertariflichen Entlohnung (im Verarbeitenden Gewerbe) von *W. Meyer* (aus den Jahren 1994/95)¹ und *Bellmann/Kohaut* (aus dem Jahre 1994)², die auf Firmenbefragungen in den alten Bundesländern basieren.

Tarifbindung und übertarifliche Entlohnung im Verarbeitenden Gewerbe

Studie von	<i>W. Meyer</i> (1994)	<i>W. Meyer</i> (1995a)	<i>Bellmann / Kohaut</i> (1994)	<i>W. Meyer</i> (1995b)
Angaben für das Jahr	1989	1991	1993	1994
Regionen	Niedersachsen, Baden-Württemberg	Nordrhein-Westfalen	alte Bundesländer	Niedersachsen
Anzahl der befragten Betriebe	103	175	1462	1018
Anteil tarifgebundener Betriebe	76,7 %	88 %	83,8 %	51,7 %
von diesen entlohnen über Tarif	83,5 %	90,2 %	70 %	71,8 %
geschätzte relative Lohnspanne tarifgebundener Betriebe	11,7 %	11 %	9 %	Arb. 7,1 % Ang. 6,1 %

Als Ergebnis dieser Studien zeigt sich, daß je nach Datensatz 52-88 % der befragten Industriebetriebe tarifvertraglich gebunden sind. Von diesen geben je nach Datensatz und Erhebungsjahr 70-90 % an, höhere Löhne und Gehälter als tarifvertraglich vereinbart zu bezahlen. Die von den befragten Managern

¹ W. Meyer, Übertarifliche Bezahlung, S. 219 ff. (1994); ders., Analyse der Bestimmungsfaktoren, S. 50 ff. (1995 a); ders., Tarifbindung S. 125 ff. (1995 b).

² Bellmann/Kohaut, Effektiv- und Tariflöhne in der Bundesrepublik Deutschland, S. 72 ff. (1994).

geschätzte relative Lohnspanne aller berücksichtigten tarifgebundenen Betriebe im Verarbeitenden Gewerbe variiert je nach Studie zwischen rund 11 % (*Meyer* 1994, 1995a), 9 % (*Bellmann/Kohaut* 1994) und 6-7 % für Angestellte beziehungsweise Arbeiter (*Meyer* 1995).

Bei der Betrachtung sämtlicher Wirtschaftszweige stellen *Bellmann/Kohaut* fest, daß 72 % der Betriebe tarifgebunden sind, von denen nur 57 % über Tarif entlohnen. Die relative Lohnspanne aller tarifgebundenen Betriebe liegt im Durchschnitt bei 7,6 %, wobei das Gesundheitswesen (11,3 %), die Grundstoffverarbeitung (10,8 %) und die Investitionsgüterindustrie (9,5 %) die höchste übertarifliche Entlohnung aufweisen.

Die statistischen Untersuchungen verdeutlichen, daß bis Ende des Jahres 1994 eine zum Teil deutliche Spanne zwischen Tarif- und Effektivlöhnen bestand. In den letzten Jahren haben sich aber die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen dahingehend geändert, daß in vielen Branchen das Wirtschaftswachstum stagniert oder sich sogar rückläufig entwickelt und dadurch bedingt, die übertariflichen Geldzulagenzahlungen seitens der Arbeitgeber in starkem Maße eingeschränkt wurden.³ Obwohl aber der Konjunkturabschwung Ende des Jahres 1992 und eine aktivere Tarifpolitik der Gewerkschaften dazu geführt haben, daß die Spanne zwischen Tarif- und Effektivverdiensten stark geschrumpft ist, übersteigen die Effektivgehälter bei vielen Arbeitnehmern doch noch immer die tariflichen Einkommen, wenn auch in sehr unterschiedlichem Ausmaß.

So, wie einerseits der Arbeitgeber in Zeiten hochkonjunktureller Phasen übertarifliche Geldzulagen an seine Arbeitnehmer gewährt hat, um die aufgrund der Lage am Arbeitsmarkt nicht immer in ausreichendem Maß zur Verfügung stehenden Arbeitskräfte an sich zu binden, muß es ihm andererseits auch möglich sein, solche Zulagen zu kürzen oder deren Zahlung ganz einzustellen. Gerade in rezessiven Phasen der Konjunktur entsprechen diese wirtschaftlichen Maßnahmen dem praktischen Bedürfnis des Arbeitgebers, weil durch diese Art der Kapitaleinsparung der Kostendruck auf wirtschaftlich bereits geschwächte Unternehmen genommen sowie Rationalität und Produktivität aufrechterhalten und möglichen wirtschaftlichen Verlusten entgegengetreten werden kann. Aber auch das sich inzwischen gewandelte, für den Arbeitnehmer ungünstige Verhältnis von Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt motiviert die Arbeitgeber, sich der Geldzulagenzahlungen zu entledigen.

Um auf dem Markt konkurrenzfähig zu bleiben, müssen sich die Unternehmen den sich ändernden wirtschaftlichen Verhältnissen anpassen. Deshalb ist es für die Betriebe finanziell von erheblicher Bedeutung, ob sie sich von den

³ Dazu Höhne, RdA 1983, S. 233 f.

zugesagten übertariflichen Geldzulagen teilweise oder vollständig loslösen können. Das Hauptaugenmerk der Arbeitgeber richtet sich hierbei auf die dafür zur Verfügung stehenden rechtlichen Möglichkeiten. Die wirtschaftliche Bedeutung eines teilweisen oder vollständigen Wegfalls dieser Zulagen wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß übertarifliche Geldzulagen in verschiedenen Betrieben ein finanzielles Volumen erreicht haben, das sich im Betriebsdurchschnitt auf bis zu 20 % des Tarifentgeltes beläuft und manchmal sogar 50 % erreicht.⁴

Die Frage nach den rechtlichen Möglichkeiten, bereits gewährte übertarifliche Geldzulagen zu kürzen oder gänzlich zu streichen, gehört deshalb nach wie vor zu den Kernproblemen des Arbeitsrechts. Welche Rechtsmittel dem Arbeitgeber hierfür zustehen, und welche rechtlichen Hindernisse diesen Sanktionen möglicherweise entgegenstehen, ist danach zu beurteilen, aus welchem Rechtsgrund der Arbeitgeber zur übertariflichen Zulagenzahlung verpflichtet ist.

Ansprüche auf übertarifliche Geldzulagen können sich für den Arbeitnehmer zum Beispiel aus einem Individualarbeitsvertrag, Allgemeinen Arbeitsbedingungen oder einer Betriebsvereinbarung ergeben. Aufgrund dieser unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen bieten sich dem Arbeitgeber dementsprechend verschiedenartige Gestaltungsmöglichkeiten, um die übertariflichen Geldzulagen zu kürzen oder vollständig zu streichen. Hat der Arbeitnehmer beispielsweise einen individualrechtlichen Anspruch auf eine übertarifliche Geldzulage aus dem Arbeitsvertrag, kann der Arbeitgeber, falls er sich den jederzeitigen Widerruf dieser Zulage vorbehalten hat, diese durch die Ausübung des Vorbehaltes jederzeit kürzen oder deren Zahlung vollständig einstellen. Bei der Vorbehaltsausübung ist der Arbeitgeber hierbei aber nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der überwiegenden Ansicht der Rechtslehre an billiges Ermessen gemäß § 315 Abs. 1 BGB gebunden.⁵ Hat sich der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag jedoch keinen

⁴ Trittin, ArbuR 1991, S. 329; vgl. auch Schirge/Trittin, AiB 1990, S. 227 f.

⁵ Siehe z.B. BAG, Urt. v. 26.5.1998 - 1 AZR 704/97 unter I. 1. der Gründe (n.n.v., demnächst BAG, EzA Nr. 65 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung); AP Nr. 2 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie; AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luft-hansa unter II. 4. der Gründe; AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle unter II. 2. bis 4. der Gründe; AP Nrn. 4 und 8 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag; AP Nr. 20 zu § 611 BGB Direktionsrecht; AP Nr. 75 zu § 611 BGB Gratifikation; AP Nr. 5 zu § 611 BGB Lohnzuschläge unter 3. der Gründe; AP Nr. 6 zu § 611 BGB Lohnzuschläge unter 3. der Gründe; AP Nr. 11 zu § 611 BGB Lohnzuschläge unter II. 2. a) der Gründe; AP Nr. 10 zu § 315 BGB; AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung; AP Nr. 6 zu § 2 KSchG 1969; Krauß, Widerruf von Arbeitgeberleistungen, S. 103 ff.; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 118 ff.; Blomeyer, Anm. zu BAG, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie, Bl. 3 f.; Bommermann, DB 1991, S. 2185; Böttcher, Anm. zu BAG, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Lohnzuschläge, Bl. 4 f.; Pfarr, BB 1983, S. 2001, 2008; a.A. MünchArbR-Bd. 1, Hanau, § 60 Rnn. 108 f.

Widerruf der übertariflichen Geldzulage vorbehalten, kann er diese Zulage gegen den Willen des Arbeitnehmers nur durch eine Änderungskündigung, die an § 2 KSchG gemessen wird, kürzen oder gänzlich streichen.⁶ Steht dem Arbeitnehmer dagegen ein Anspruch auf eine übertarifliche Geldzulage aufgrund einer Betriebsvereinbarung zu, kann der Arbeitgeber diese Zulage jederzeit und ohne Angabe von Gründen durch eine ordentliche Kündigung der betreffenden Betriebsvereinbarung vollständig streichen. Nach herrschender Auffassung ist eine Betriebsvereinbarung nämlich jederzeit und ohne Angabe von Gründen mit einer Drei-Monats-Frist kündbar (§ 77 Abs. 5 BetrVG),⁷ wobei die Nachwirkung ein besonderes Problem darstellt.⁸

Die unterschiedlichen Voraussetzungen der genannten individual- und kollektivrechtlichen Gestaltungsmittel, die dem Arbeitgeber für die teilweise oder gänzliche Streichung der übertariflichen Geldzulagen zur Verfügung stehen, verdeutlichen bereits, daß diese Gestaltungsmittel lückenhaft und nicht aufeinander abgestimmt sind. Ein Teil dieser Arbeit widmet sich zunächst einer umfassenden Darstellung der Voraussetzungen und Wirkungen der arbeitgeberseitigen rechtlichen Kürzungs- und Streichungsmöglichkeiten übertariflicher Geldzulagen, wobei in diesem Zusammenhang auch die Auswirkungen auf die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerrechte erörtert werden.

Im Anschluß daran wird untersucht, ob die von der Rechtsprechung und der Rechtslehre gebilligten Voraussetzungslücken zwischen den arbeitgeberseitigen individual- und kollektivrechtlichen Kürzungs- und Streichungsinstrumenten wie dem Widerruf nach § 315 Abs. 1 BGB, der Änderungskündigung nach § 2 KSchG und der ordentlichen Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG zu rechtfertigen sind. Dies erscheint fraglich, da es oftmals vom Zufall abhängt, aufgrund welcher Anspruchsgrundlage der Arbeitnehmer übertarifliche Geldzulagen vom Arbeitgeber verlangen kann. Zum Teil können sich die Anspruchsgrundlagen sogar überschneiden. Einem Arbeitnehmer kann zum Beispiel sowohl durch Arbeitsvertrag als auch durch Betriebsvereinbarung

⁶ In der folgenden Untersuchung wird davon ausgegangen, daß das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) anwendbar ist; siehe dazu §§ 1 Abs. 1 und 23 KSchG.

⁷ Im Zusammenhang mit Weihnachtsgratifikationen vgl. z.B. BAG, AP Nrn. 4, 5, 6 und 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung; AP Nr. 40 zu § 77 BetrVG 1972; im Zusammenhang mit der betrieblichen Altersversorgung BAG, AP Nrn. 2 und 5 zu § 1 BetrVG Betriebsvereinbarung; DB 2000, S. 525 ; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 53; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 131; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 61; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 309; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rnn. 199 und 208; Richardi, BetrVG, § 77 Rnn. 184 f.; Stege/Weinspach, BetrVG, § 77 Rn. 41; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 37; Schaub, ArbR, S. 1879; ders., BB 1995, S. 1639, 1640; Blomeyer, DB 1985, S. 2506 f.; ders., DB 1990, S. 173; Leinemann, BB 1989, S. 1905, 1907; a.A. Hanau/Preis, NZA 1991, S. 81, 83 f.; ausführlich zur Kündigung von Betriebsvereinbarungen in Teil 3: C. IV. und V.

⁸ Vgl. hierzu Teil 3: C. IV. 2. b).

eine übertarifliche Geldzulage zugesagt sein. In diesem Fall hätte der Arbeitgeber bei der teilweisen oder gänzlichen Streichung dieser Zulage aufgrund der zwei unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen zwei verschiedene Ermessensspielräume zu beachten (folgt man dem Bundesarbeitsgericht und der herrschenden Meinung in der Rechtslehre), obwohl er im Grunde nur eine Entscheidung trifft. Schließlich ist zu bedenken, daß der Arbeitgeber, unabhängig von der rechtlichen Form der Zahlungsverpflichtung das erklärte Ziel hat, sich von den übertariflichen Geldzulagenzahlungen zu befreien. Aus den genannten Gründen bedarf es der Klärung, ob sich bei der arbeitgeberseitigen teilweisen oder gänzlichen Streichung übertariflicher Geldzulagen, unabhängig von der rechtlichen Form der Anspruchsgrundlage, nicht eine einheitliche Lösung, zumindest aber eine Harmonisierung der für diese Maßnahmen in Frage kommenden rechtlichen Gestaltungsmittel und den damit verbundenen Konsequenzen sowohl auf der Arbeitnehmer- als auch der Arbeitgeberseite anbietet.

Einen weiteren Schwerpunkt dieser Arbeit bildet die Darstellung der arbeitgeberseitigen Möglichkeit, durch die Kündigung einer hinsichtlich übertariflicher Geldzulagen anspruchsbegründenden Betriebsvereinbarung, eine Kürzung des übertariflichen Zulagenvolumens zu erreichen. Die Möglichkeit des Arbeitgebers, sich auf diese Weise übertariflicher Geldzulagen teilweise zu entledigen, wirft hinsichtlich der Nachwirkung einer solchen Betriebsvereinbarung zahlreiche Sachprobleme auf, die der Klärung bedürfen:

Geht man vom Gesetzeswortlaut des Betriebsverfassungsgesetzes aus, scheint die Rechtslage bezüglich dieser Frage klar und unmißverständlich. Ein Kündigungsrecht von Betriebsvereinbarungen steht dem Arbeitgeber gemäß § 77 Abs. 5 BetrVG zu. Nach dieser Vorschrift entfalten Betriebsvereinbarungen nach Ablauf der dreimonatigen Kündigungsfrist keine Nachwirkung mehr. Dies würde bedeuten, daß der Arbeitgeber nach der Kündigung einer Betriebsvereinbarung bezüglich übertariflicher Geldzulagen und dem Ablauf von drei Monaten nicht mehr verpflichtet wäre, weiterhin diese Zulagen an seine Arbeitnehmer zu zahlen. Eine Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen ordnet das Betriebsverfassungsgesetz gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG nur in den Fällen an, in denen ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates besteht, also ein Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzen kann. Wenn also die Kürzung des übertariflichen Geldzulagenvolumens einem erzwingbaren Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates unterläge, hätte trotz der Kündigung der betreffenden Betriebsvereinbarung durch den Arbeitgeber die Betriebsvereinbarung solange Geltung, bis dieser mit dem Betriebsrat eine andere Vereinbarung getroffen oder im Falle der Nichteinigung die Einigungsstelle gemäß § 76 Abs. 5 BetrVG in der Streitfrage zwischen diesen beiden die Einigung durch Entscheidungsspruch ersetzt hätte. Praktisch würde dies bedeuten, daß der Arbeitgeber trotz der Kündigung der betrieblichen Geldzulagenregelung weiter-

hin übertarifliche Zulagengelder an seine Arbeitnehmer zu zahlen hätte, falls der Betriebsrat der geplanten Kürzung dieser Gelder nicht zustimmt, und eine Einigung zwischen den Betriebsparteien nicht zustande kommt. Möglicherweise könnte der Arbeitgeber sogar über die Einigungsstelle zur Aufrechterhaltung der Geldzulagenzahlungen gezwungen werden. Für manchen Arbeitgeber könnte ein solcher Eingriff in seine wirtschaftlichen Angelegenheiten den finanziellen Ruin bedeuten.

Geht man dagegen davon aus, daß die Kürzung des übertariflichen Geldzulagenvolumens nicht der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrates unterliegt, entfaltet die Betriebsvereinbarung nach Ausspruch der Kündigung und Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist von drei Monaten keine Nachwirkung mehr. Der Arbeitgeber wäre demnach von der Verpflichtung, übertarifliche Geldzulagen zu zahlen, in Höhe des gekürzten Zulagenvolumens befreit.

Wie aufgezeigt, können sich im Falle der Kündigung von Betriebsvereinbarungen seitens des Arbeitgebers zwecks Kürzung des übertariflichen Geldzulagenvolumens erhebliche Unterschiede in rechtlicher Hinsicht ergeben, die Auswirkungen sowohl für die Arbeitgeber- als auch Arbeitnehmerseite haben können. Maßgeblich ist hierfür, ob man bei der genannten Maßnahme, die der Arbeitgeber durchführen will, dem Betriebsrat bezüglich des Dotierungsrahmens⁹ der übertariflichen Geldzulagen ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG einräumt oder nicht. Dies ist eine der umstrittensten Fragen des gesamten Betriebsverfassungsrechts und in der Vergangenheit im Zusammenhang mit der Anrechnung von Tariflohnerhöhungen auf übertarifliche Geldzulagen schon mehrfach Gegenstand von Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts gewesen.¹⁰ Das Bundesarbeitsgericht vertrat in diesem Zusammenhang die Auffassung, daß der Umfang des Dotierungsrahmens hinsichtlich übertariflicher Geldzulagen eine mitbestimmungsfreie Vorgabe des Arbeitgebers ist und insoweit nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegt. Der Umfang der finanziellen Mittel, die der Arbeitgeber zur Verfügung stellt, wird in dessen Ermessen gestellt.¹¹ Dies wird auch als „Topftheorie“ bezeichnet.

⁹ Nachfolgend werden die Begriffe Dotierungsrahmen, Dotierungsmasse und Zulagen- oder Geldzulagenvolumen gleichbedeutend verwendet.

¹⁰ Vgl. z.B. BAG, Urt. v. 26.5.1998 - 1 AZR 704/97 (n.n.v., demnächst BAG, EzA Nr. 65 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung); AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; AP Nrn. 4, 7, 10, 12, 26, 33, 51, 53 und 54 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; AP Nrn. 1 und 3 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie; AP Nr. 58 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie; AP Nr. 31 zu § 80 BetrVG 1972.

¹¹ Siehe z.B. BAG, AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. der Gründe.

net. Diese Theorie entspricht heute der überwiegenden Ansicht sowohl in der Rechtsprechung¹² als auch in der Rechtslehre.¹³

Unabhängig von der genannten Anrechnungsproblematik und speziell im Zusammenhang mit der Nachwirkung der vom Arbeitgeber gekündigten teilmitbestimmungspflichtigen Betriebsvereinbarungen, hatte das Bundesarbeitsgericht für die entscheidende Frage des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates zunächst nur solche Fälle zu entscheiden, in denen der Arbeitgeber eine freiwillige übertarifliche Geldzulage durch die Kündigung völlig zum Erlöschen bringen wollte. Das Bundesarbeitsgericht hat in zahlreichen Entscheidungen bezüglich dieser Fälle unter Zugrundelegung der „Topftheorie“ ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der vollständigen Streichung des Geldzulagenvolumens verneint und somit eine Nachwirkung der betrieblichen Geldzulagenregelungen im Sinne des § 77 Abs. 6 BetrVG abgelehnt.¹⁴ Obwohl in den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts nicht ausdrücklich der Begriff der „Topftheorie“ erwähnt wurde, spiegelt sich diese Theorie in den Entscheidungsgründen.

Vom Bundesarbeitsgericht wurde in den gesamten Entscheidungen ausdrücklich die Frage offengelassen, wie zu entscheiden ist, wenn der Arbeitgeber die teilmitbestimmungspflichtige Betriebsvereinbarung kündigen will, um das übertarifliche Geldzulagenvolumen nicht gänzlich, sondern nur teilweise zu reduzieren und eine Änderung des Verteilungsplanes herbeizuführen. Das Bundesarbeitsgericht mußte sich mit dieser Konstellation erstmalig

¹² Z.B. BAG, Urt. v. 26.5.1998 - 1 AZR 704/97 (n.n.v., demnächst BAG, EzA Nr. 65 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung); AP Nrn. 4, 7, 10, 26, 33, 51, 53, und 54 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; AP Nrn. 1 und 3 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie; AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; AP Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; AP Nr. 58 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie; AP Nr. 31 zu § 80 BetrVG 1972.

¹³ Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 87 Rnn. 435 ff. mit Unterschieden hinsichtlich der Bestimmung des Dotierungsrahmens; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 87 Rn. 226 a) und d); GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 836 ff.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 87 Rn. 474; Richardi, BetrVG, § 87 Rnn. 46 f.; ders., ZfA 1976, S. 1, 18; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 333 Rn. 26; Söllner, ArbR, S. 188; Bommermann, DB 1991, S. 2185, 2188 f.; Eich, DB 1980, S. 1340, 1344; Goos, NZA 1986, S. 701, 705; Herbst, DB 1987, S. 738, 741; Hönsch, BB 1988, S. 2312, 2313; Kappes, DB 1986, S. 1520 ff.; Lieb, ZfA 1988, S. 413, 437 f.; Matthes, NZA 1987, S. 289 ff.; Meisel, BB 1991, S. 406, 411; Misera, gemeins. Anm. zu BAG, AP Nrn. 4 und 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Bl. 4, 6; Molkenbur/Roßmanith, ArbuR 1990, S. 333, 334; kritisch zur „Topftheorie“: Hilger, Anm. zu BAG, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie, Bl. 3 f.; Leinemann, DB 1985, S. 1394, 1396 f.; Schirge, DB 1991, S. 441, 444 (die die Topftheorie ablehnt beziehungsweise einschränken will); Schirge/Trittin, AiB 1990, S. 227, 235; Strieder, BB 1980, S. 420, 423; Trittin, AiB 1988, S. 81, 83 f.

¹⁴ Hierzu BAG, AP Nrn. 4 und 5 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung; AP Nr. 40 zu § 77 BetrVG 1972; im Zusammenhang mit der betrieblichen Altersvorsorge BAG, AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung; vgl. hierzu ausführlich Teil 3: C. IV. 2. b) aa).

in einem Fall befassen, in dem ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern eine wiederkehrende Weihnachtsgratifikation in einer Betriebsvereinbarung zugesagt hatte, durch die Kündigung dieser Betriebsvereinbarung das Volumen des Weihnachtsgeldes in Zukunft aber reduzieren und dessen Verteilungsschlüssel ändern wollte.¹⁵ Wegen der Mitbestimmungspflichtigkeit bei der Neuerteilung des gekürzten Weihnachtsgeldes bejahte das Bundesarbeitsgericht in seinem grundlegenden Urteil vom 26.10.1993 eine Nachwirkung der gesamten Betriebsvereinbarung, also auch eine Nachwirkung und Aufrechterhaltung des alten, ungekürzten Geldvolumens der Weihnachtsgratifikation. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts könne nur die gesamte Betriebsvereinbarung nachwirken. Deshalb führe die Anwendung des § 77 Abs. 6 BetrVG durch die Mitbestimmungspflichtigkeit des Verteilungsplanes zur Nachwirkung auch des an sich mitbestimmungsfreien Dotierungsrahmens.¹⁶ Diese Auffassung wurde vom Bundesarbeitsgericht in einem Beschluß vom 17.1.1995, in dem es um die Kürzung und Neuverteilung einer einmaligen Weihnachtsgratifikation ging, bestätigt.¹⁷ Aus dieser neueren Rechtsprechung ergibt sich die rechtliche Konsequenz, daß der Arbeitgeber trotz der Kündigung und des Ablaufs der Kündigungsfrist wegen der Nachwirkung der gesamten Betriebsvereinbarung nicht in der Lage ist, seine Leistung insgesamt auf den Umfang des neuen Dotierungsrahmens zu kürzen, vorausgesetzt, daß eine Einigung mit dem Betriebsrat hinsichtlich eines neuen Verteilungsplanes nicht zustande kommt. Will der Betriebsrat die Arbeitnehmer aber über einen möglichst langen Zeitraum im Genuß des bisherigen Leistungsumfanges belassen, wird er eine Einigung mit dem Arbeitgeber hinauszögern oder sogar ganz verweigern. In diesem Falle müßte der Arbeitgeber ein Einigungsstellenverfahren über eine neue Verteilung in Gang setzen, das bekanntlich bis zu seinem Ende sehr lange dauern kann.¹⁸ Im Ergebnis kann der Arbeitgeber somit gezwungen werden, für einen nicht unbedeutenden Zeitraum den Umfang des bisherigen Dotierungsrahmens gegen seinen Willen aufrechtzuerhalten. Aus diesen Umständen läßt sich folgern, daß das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 26.10.1993 (bestätigt durch den Beschluß vom 17.1.1995) von der von ihm langjährig vertretenen „Topftheorie“ im Ergebnis Abstand genommen hat, weil im Falle der Kündigung zwecks der teilweisen Kürzung des übertariflichen Geldzulagenvolumens und der Veränderung dessen Verteilungsplanes aufgrund der Mitbestimmungspflichtigkeit der gesamten Betriebsvereinbarung der Umfang dieses Volumens letztendlich als doch mitbestimmungspflichtig behandelt wird.

¹⁵ Siehe BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung.

¹⁶ So BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter 2. b) der Gründe.

¹⁷ Vgl. dazu BAG, AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung.

¹⁸ Dazu G. Federlin, ZfA 1988, S. 99 ff.

Es ist zu untersuchen, ob zwischen den Tatbeständen der gänzlichen ersatzlosen und der teilweisen Streichung übertariflicher Geldzulagen, die durch Kündigung der betreffenden teilmitbestimmungspflichtigen Betriebsvereinbarung herbeigeführt werden soll, so gravierende Unterschiede bestehen, daß sie die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 26.10.1993 und 17.1.1995 in dieser Form rechtfertigen können. In diesem Zusammenhang werden auch die rechtlichen Konsequenzen, die diese Entscheidungen sowohl auf der Arbeitgeber- als auch der Arbeitnehmerseite nach sich ziehen, näher beleuchtet.

A. Begriff der freiwilligen übertariflichen Zulage

I. Übertarifliche Zulage

Im allgemeinen Sprachgebrauch werden als übertarifliche Zulagen sämtliche Entgeltbestandteile bezeichnet, die über das tarifliche Grundentgelt für die zu leistende Arbeit hinausgehen und bei ihrer Gewährung durch den Arbeitgeber an keine weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen gebunden sind.¹⁹ Durch die Koppelung der übertariflichen Zulagen an das Tarifentgelt wird ihre Gewährung nur an die Erbringung der ohnehin schon geschuldeten Arbeitsleistung geknüpft.²⁰ Meist handelt es sich bei den übertariflichen Zulagen um Geldzulagen zum Stundenlohn oder Monatsentgelt. Dabei kann es sich um Leistungszulagen²¹, Erschwerniszulagen²² oder Auslandszulagen²³ handeln. Es kommen aber auch sonstige Vergünstigungen oder Vorteile in Betracht, die dem Arbeitnehmer mit Rücksicht auf seine Arbeitsleistung gewährt werden. Beispiele hierfür sind: Jubiläumsgeld²⁴, Gewährung zinsgünstiger Darlehen²⁵,

¹⁹ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang unter B. III. 2. der Gründe; AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang unter B. II. 2. der Gründe; AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. 2. a) der Gründe; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 87 Rn. 218 c); GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rn. 832; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 87 Rnn. 464 ff.; Richardi, BetrVG, § 87 Rnn. 799 ff.; Herbst, DB 1987, S. 738; Hunold, DB 1981, Beil. Nr. 26, S. 1, 8; Ramrath, DB 1990, S. 2593; Schirge/Trittin, AiB 1990, S. 227, 228.

²⁰ Stege/Rinke, DB 1991, S. 2386.

²¹ Vgl. dazu BAG, AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

²² Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

²³ Hierzu BAG, AP Nr. 41 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

²⁴ BAG, AP Nr. 25 zu § 77 BetrVG 1972.

²⁵ BAG, AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

Mietzuschüsse²⁶, ermäßigte Beiträge für betriebliche Kindergärten²⁷ oder übertarifliches Urlaubsgeld²⁸.

Gegenstand der folgenden Untersuchung sollen nur die übertariflichen Geldzulagen sein, die vom Arbeitgeber zusätzlich zum tariflichen Stundenlohn oder Monatsentgelt gezahlt werden, da in der arbeitsrechtlichen Praxis diese Zulagenform für den Arbeitnehmer die wohl finanziell gewichtigste darstellt.

II. Begriffliche Abgrenzung übertariflicher Zulagen von außertariflichen Zulagen

Wie schon erwähnt, wird das Tarifentgelt häufig durch Zulagen ergänzt, die teilweise als außertariflich, teilweise als übertariflich bezeichnet werden.

Übertariflich ist eine Zulage dann, wenn die Grundvergütung der betreffenden Arbeitnehmer tariflich geregelt ist, das heißt, wenn sie an tariflich normierte Mindestbedingungen anknüpft, aber über sie hinausgeht.²⁹ Dagegen sollen durch außertarifliche Zulagen Leistungen des Arbeitnehmers honoriert werden, die nicht bereits durch Tarifvertrag abgegolten sind und die keine Entsprechung im Tarifvertrag haben.³⁰ Folgendes Beispiel soll den Unterschied zwischen über- und außertariflichen Zulagen verdeutlichen:

Falls ein Tarifvertrag für eine bestimmte, über der „Normalarbeitsleistung“ liegende Tätigkeit eine Erschwerniszulage in Höhe von beispielsweise DM 100.- pro Monat vorsieht, der Arbeitgeber aber statt dieses Betrages vielmehr DM 150.- monatlich an die von der Erschwerniszulagenregelung betroffenen Arbeitnehmer zahlt, handelt es sich bei dem die tarifliche Erschwerniszulage überschreitenden Geldbetrag von DM 50.- um eine übertarifliche Zulage zu tariflichen Zusatzleistungen, da es hinsichtlich der Zusatzbelastung eine tarifliche Zulagenregelung gibt, über die der Arbeitgeber lediglich hinausgeht.

Enthält der Tarifvertrag dagegen gar keine Regelungen hinsichtlich einer Erschwerniszulage, sind die vom Arbeitgeber gewährten Zulagen als außertariflich zu bezeichnen.

²⁶ BAG, AP Nr. 22 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

²⁷ BAG, AP Nr. 10 zu § 76 BetrVG 1972.

²⁸ BAG, AP Nrn. 15 und 33 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

²⁹ Dazu Hunold, DB 1981, Beil. Nr. 26, S. 1, 8.

³⁰ Vgl. BAG, AP Nr. 16 zu § 611 BGB Bergbau; AP Nr. 9 zu § 4 TVG Effektivklausel; v. Hoyningen-Huene, NZA 1998, S. 1081, 1086; Hunold, DB 1981, Beil. Nr. 26, S. 1, 8; Goos, NZA 1986, S. 701, 703; Oetker, RdA 1991, S. 16, 22; a.A. Kraft, FS für Molitor, S. 207, 210.

Die Unterscheidung von über- und außertariflichen Zulagen hat das Bundesarbeitsgericht erstmals in seiner Entscheidung vom 31.5.1972 getroffen.³¹ In der Vorinstanz und ebenso in vielen anderen vorherigen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts unterblieb eine solche Unterscheidung;³² vielmehr sind hier die Ausdrücke von der Rechtsprechung synonym verwendet worden. Dieser unkorrekten Ausdrucksweise bediente sich das Bundesarbeitsgericht sogar noch in einer Entscheidung vom 22.8.1979.³³ Auch im Schrifttum werden diese beiden Zulagenbegriffe nicht immer sauber getrennt.³⁴

Interessanterweise knüpft das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 31.5.1972, in der es den begrifflichen Unterschied zwischen außer- und übertariflichen Zulagen überhaupt erst eingeführt hat, keine rechtlichen Konsequenzen an diese Unterscheidung. Auffällig ist auch, daß der vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Unterschied nur vereinzelt im Schrifttum Eingang gefunden hat,³⁵ wogegen in der tariflichen und betrieblichen Praxis dieser Differenzierung bisher ganz überwiegend nicht gefolgt wird.³⁶ Demzufolge stellt sich die Frage, ob eine Unterscheidung zwischen außer- und übertariflichen Zulagen überhaupt notwendig ist. Teile des Schrifttums fordern, daß diese Unterscheidung aufgehoben werden sollte, da ihr Sinn und Nutzen nicht erkennbar sei.³⁷ Eine Unterscheidung könnte allenfalls eine rechtliche Bedeutung hinsichtlich des Bestehens von unterschiedlichen Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates haben. Da aber nach heutiger, überwiegend vertretener Auffassung durch § 87 Abs. 1 BetrVG Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nur ausgeschlossen werden, wenn hinsichtlich der fraglichen Materie bereits eine abschließende tarifliche oder gesetzliche Regelung besteht, dies aber weder bei außer- noch übertariflichen Zulagen der Fall ist, werden mitbestimmungsrechtlich keine unterschiedlichen Rechtsfolgen bei diesen Zulagen ausgelöst.³⁸ Eine begriffliche Unterscheidung zwischen außer-

³¹ BAG, AP Nr. 16 zu § 611 BGB Bergbau.

³² So z.B. in BAG, AP Nrn. 6 und 7 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung.

³³ BAG, AP Nr. 11 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung.

³⁴ Dazu Ziepke, BB 1968, S. 389.

³⁵ Siehe Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1 Rnn. 159 und 195, § 4 Rn. 260; Schaub, ArbR, S. 1705; Goos, NZA 1986, S. 701, 702 f.; v. Hoyningen-Huene, gemeins. Anm. zu BAG, SAE 1985, S. 298 f.

³⁶ Dazu Ziepke, Anrechnung und Widerruf, S. 6 f.

³⁷ Hunold, DB 1981, Beil. Nr. 26, S. 1, 8; Mayer-Maly, DB 1979, S. 985, 988.

³⁸ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 50 zu § 99 BetrVG 1972; AP Nrn. 26 und 54 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; Hromadka, DB 1988, S. 2636 ff.; ders., DB 1986, S. 1921 ff.; Kraft, FS für Molitor, S. 207, 208 ff.; Mache, AiB 1989, S. 113 ff.; Schirge, AiB 1989, S. 122 ff.; Trittin, AiB 1989, S. 9 ff.; ders., AiB 1988, S. 81 ff.; kritisch dazu z.B. Goos, NZA 1986, S. 701, 703 f.; Stege/Rinke, DB 1991, S. 2386 ff.; siehe auch Teil 2: D. II. 4. b) und c) und ausführlich in Teil 2: F. III. 1.

und übertariflichen Zulagen ist daher nicht notwendig. Aus praktischen Gründen wird im folgenden nur der Begriff der übertariflichen Zulagen verwendet.³⁹

III. Freiwilligkeit der übertariflichen Zulage

Freiwillig ist die Gewährung von übertariflichen Zulagen dann, wenn der Arbeitgeber bisher weder aufgrund eines Gesetzes, einer Kollektivvereinbarung noch des Arbeitsvertrages zu einer solchen verpflichtet war.⁴⁰ Es handelt sich bei den übertariflichen Zulagen also immer dann um freiwillige Leistungen des Arbeitgebers, wenn für diesen bisher keine Rechtspflicht zur Gewährung bestand. Auch die Gewährung der übertariflichen Zulagen aufgrund wirtschaftlicher Zwänge, ändert nichts an der Freiwilligkeit dieser Leistungen, da diese letztlich auf einer eigenen lohnpolitischen Entscheidung des Arbeitgebers beruhen.⁴¹ Für den Charakter der Freiwilligkeit kann es schließlich dahingestellt bleiben, ob der Arbeitgeber zur Einführung der übertariflichen Zulagen der Zustimmung des Betriebsrates bedarf oder nicht.

B. Zweck der freiwilligen übertariflichen Geldzulage

In der Praxis lassen sich verschiedene typische Zwecksetzungen übertariflicher Bezahlung feststellen.

I. Ausgleich tariflicher Fehlentwicklungen

Übertarifliche Geldzulagen können der Korrektur tariflicher Fehlentwicklungen dienen. Aufgrund der über Jahre hinweg vollzogenen Tarifabschlüsse in der Vergangenheit fielen die Tarifloohnerhöhungen für die untersten (ungelernten) Lohngruppen im Verhältnis zu den Facharbeiterlohngruppen überproportional aus. Durch den damit verbundenen verkürzten Abstand der Löhne der betreffenden Lohngruppen zueinander, entfiel für junge Menschen von vornherein ein materieller Anreiz, eine zeitaufwendige und qualifizierte Facharbeiterausbildung zu absolvieren.⁴² Dieser Umstand führte dazu, daß der Facharbeiternachwuchs geringer war, als die von den Arbeitgebern danach bestehende Nachfrage. Qualifizierte Arbeitskräfte werden aber, auch im Hinblick auf den wirtschaftlichen Konkurrenzkampf mit dem Ausland, dringend benötigt. Um den Facharbeiterbedarf zu decken und einer tariflichen Fehlentwicklung entgegenzutreten, werden von den Unternehmen oftmals qualifizierten Facharbeitern übertarifliche Geldzulagen gezahlt.

³⁹ Dazu auch Ziepke, Anrechnung und Widerruf, S. 6 f.

⁴⁰ GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rn. 833; Wiese, NZA 1990, S. 793, 794.

⁴¹ MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 333 Rn. 17; Matthes, NZA 1987, S. 289, 293.

⁴² Dazu insbes. Eich, DB 1980, S. 1340, 1341; Hunold, DB 1981, Beil. Nr. 26, S. 1, 9.

II. Erzielung arbeitsmarktgerechter Vergütung

Benötigt ein Unternehmen dringend einen qualifizierten Arbeitnehmer, der sowohl fachlich als auch persönlich für den gewünschten Anwendungsbereich geeignet wäre, dessen Gehaltsvorstellungen aber über dem Tarifgehalt liegen, so kann der Arbeitgeber durch Zahlung einer übertariflichen Geldzulage die Einstellung dieses gewünschten Arbeitnehmers realisieren. Durch solche Zuzahlungen kann somit ein arbeitsmarktgerechter Konsens zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer herbeigeführt werden, der für beide Parteien von Vorteil ist. Diese Möglichkeit zur Anhebung der Effektivlöhne, die der Gewinnung qualifizierter Arbeitskräfte dient, eröffnet sich den Unternehmen unter anderem dadurch, daß sich die meist großflächig geltenden Tarifverträge an leistungsschwachen oder kleinen Betrieben der betreffenden Branche orientieren und den Arbeitgebern deswegen ein finanzieller Spielraum hinsichtlich der Arbeitnehmerentlohnung verbleibt.⁴³

III. Ausgleich regionaler Differenzen

Wenn Mitarbeiter eines Unternehmens ihren Arbeitsvertrag mit in einem bestimmten Bundesland ansässigen Stammhaus geschlossen haben, werden sie nach dem dort geltenden Tarifvertrag entlohnt. Sofern sie aber vereinbarungsgemäß in einem anderen Bundesland für dieses Unternehmen tätig werden, in welchem zum Beispiel wegen der dort bestehenden Lebenshaltungskosten die Tariflöhne höher angesetzt sind, können im Wege übertariflicher Geldzulagen Zahlungen derartige, sachlich nicht zu begründende Verdienstunterschiede ausgeglichen werden.⁴⁴

IV. Konjunkturzulage

Eine übertarifliche Geldzulage wird häufig auch dann gewährt, wenn der Tariflohn wegen der allgemeinen Lebenshaltungskosten oder der konjunkturellen Entwicklung tatsächlich nicht angemessen oder ausreichend ist.⁴⁵ Ist dies der Fall, wird der Tariflohn über die übertarifliche Geldzulage auf einen der konjunkturellen Entwicklung entsprechenden Lohn aufgestockt. Diese übertarifliche Zulage wird als Konjunkturzulage bezeichnet.

V. Honorierung besonders guter und individueller Leistungen

Bei der Honorierung besonders guter und individueller Leistungen handelt es sich um den wohl wichtigsten Anwendungsfall übertariflicher Geldzulagenzahlungen. Einerseits dienen diese Zahlungen dazu, besonders gute und indi-

⁴³ Siehe Hunold, DB 1981, Beil. Nr. 26, S. 1, 8; Weyand, ArbuR 1993, S. 3 f. m.w.N.

⁴⁴ Hunold, DB 1981, Beil. Nr. 26, S. 1, 8.

⁴⁵ So Ziepke, BB 1981, S. 61, 64.

viduelle Leistungen der Arbeitnehmer, die über der „Normalleistung“ liegen, zu honorieren,⁴⁶ andererseits stellen übertarifliche Geldzulagen eine besondere Motivation für den Arbeitnehmer dar, gerade eine solch erhöhte Leistungsbereitschaft zu zeigen. Ebenso erfüllen sie den Zweck, den vielfältiger einsetzbaren und somit flexibleren Arbeitnehmer besonders zu belohnen.⁴⁷ Ferner hat die übertarifliche Geldzulagenzahlung eine disziplinierende und antreibende Wirkung. Der Arbeitgeber kann durch eine Zulagenkürzung einem leistungsschwachen Arbeitnehmer relativ einfach verdeutlichen, daß er mit dessen erbrachten Arbeitsleistungen unzufrieden ist und sich ein anderes Arbeitsverhalten wünscht.

VI. Sonstige Gewährungsgründe

Übertarifliche Geldzulagen werden von den Unternehmen auch gewährt, um spezielle Teilziele zu realisieren. Zum einen kann dies sein, mit möglichst wenig Personal die jeweiligen Aufgaben zu bewältigen, zum anderen, einen möglichst kostengünstigen und ertragssteigernden Personaleinsatz zu gewährleisten. Die übertariflichen Geldzulagen können ebenfalls dazu dienen, für die Zeitspanne zwischen dem Auslaufen des letzten Lohntarifvertrages und dem Inkrafttreten eines neuen Lohntarifvertrages eine Übergangsregelung zu schaffen. Falls der neue Lohntarifvertrag eine rückwirkende Lohnerhöhung formell nicht enthalten sollte, wird diese materiell durch die Vergabe der übertariflichen Geldzulagen bewirkt.⁴⁸

TEIL 2: DIE RECHTLICHE AUSGESTALTUNG DER GEWÄHRUNG ÜBERTARIFLICHER GELDZULAGEN

A. Die Regelung übertariflicher Geldzulagen auf individualrechtlicher Ebene

I. Die Gewährung durch Individualarbeitsvertrag

1. Vorbemerkung

Die Gewährung übertariflicher Geldzulagen durch Individualarbeitsvertrag ist für den Arbeitgeber vor allem dann praktikabel und sinnvoll, wenn er die einzelnen Zulagengelder in unterschiedlicher Höhe, je nach Qualifikationen oder Arbeitsleistungen der jeweiligen Arbeitnehmer, bemessen will. Aber

⁴⁶ Hromadka, DB 1988, S. 2636.

⁴⁷ Hromadka, DB 1988, S. 2636 f.

⁴⁸ Blomeyer, Anm. zu BAG, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie, Bl. 3 f.

auch wenn die Zulagengelder in gleicher Höhe verteilt werden sollen, ist der Individualarbeitsvertrag ein geeignetes Mittel für deren Gewährung; nämlich dann, wenn im Betrieb des Arbeitgebers nicht sehr viele oder nur vereinzelt Arbeitnehmer in den Genuß übertariflicher Geldzulagen kommen sollen. Will der Arbeitgeber dagegen übertarifliche Geldzulagen an eine Vielzahl seiner Arbeitnehmer oder sogar an die gesamte Belegschaft gewähren, ist eine entsprechende Regelung durch eine Vielzahl von Individualarbeitsverträgen jedoch wenig praxistauglich. Der Aufwand des Arbeitgebers für eine Umgestaltung der einzelnen Arbeitsverträge wäre viel zu umständlich und zeitaufwendig.

2. Begriff der Gewährung

Die Gewährung einer freiwilligen übertariflichen Geldzulage liegt in der zugesagten und/oder tatsächlich erbrachten übertariflichen Entlohnung, zu welcher der Arbeitgeber bisher weder aufgrund eines Gesetzes, eines Kollektivvertrages noch eines Individualvertrages verpflichtet war.⁴⁹

3. Rechtliche Ausgestaltung der Gewährung im Einzelnen

Das sogenannte Günstigkeitsprinzip, welches in § 4 Abs. 3 TVG Ausdruck findet, erlaubt von Gesetzes wegen die Verbesserung tariflicher Arbeitsbedingungen durch andere Vereinbarungen.⁵⁰ Gemäß dieser Vorschrift ist es deshalb zulässig, daß der Arbeitgeber durch individualrechtliche Zusagen in den Arbeitsverträgen seinen Arbeitnehmern übertarifliche Geldzulagen gewährt und sich dazu wirksam verpflichtet. Hinsichtlich der einzelvertraglichen Absprache zwecks Regelung übertariflicher Geldzulagen, stehen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung.

a) „Einheitsprinzip“

Nach dem Willen der Vertragsparteien besteht die Möglichkeit, daß die tarifliche Grundvergütung mit der zusätzlichen freiwilligen übertariflichen Geldzulage eine Einheit bildet.⁵¹ *Oetker* und *M. Schwab* bezeichnen dieses Regelungsmodell als sogenanntes „Einheitsprinzip“, bei welchem Grundvergütung und übertarifliche Geldzulage unselbständige Rechnungsposten sind, die nicht isoliert betrachtet werden, sondern zu einer rechtlichen Einheit verschmelzen.⁵² Der Effektivverdienst, der bei diesem Regelungsmodell im Vor-

⁴⁹ Wiese, NZA 1990, S. 793, 794.

⁵⁰ Siehe z.B. MünchArbR-Bd. 3, Löwisch, § 265 Rn. 1.

⁵¹ Hierzu BAG, AP Nr. 7 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung.

⁵² Oetker, RdA 1991, S. 16, 19; M. Schwab, BB 1993, S. 495, 501.

dergrund steht, wird nicht in zwei verschiedene Rechtsgrundlagen aufgespaltet, sondern bemißt sich ausschließlich nach der individualvertraglichen Regelung.⁵³ In Höhe des Tariflohns genießt der Lohnanspruch den Schutz des § 4 Abs. 4 TVG, in Höhe des übertariflichen Teils hingegen nicht. Will man beim „Einheitsprinzip“ die Höhe der nicht gesondert ausgewiesenen übertariflichen Geldzulage als Lohnbestandteil errechnen, muß man die Differenz zwischen Effektiv- und Tariflohn bilden.⁵⁴

b) „Trennungsprinzip“

Beim „Trennungsprinzip“ vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien in der individualvertraglichen Abrede keinen einheitlichen Effektivlohn, sondern die Zahlung des Tariflohnes zuzüglich übertariflicher Geldzulagen.⁵⁵ Bei diesem Regelungsmodell resultiert der Effektivverdienst aus zwei unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen, einerseits aus dem Tarifvertrag, andererseits aus der Abrede der Arbeitsvertragsparteien hinsichtlich der Gewährung einer übertariflichen Geldzulage. Die einzelnen Vergütungselemente, Tariflohn und übertarifliche Geldzulage, sind hier rechtlich verselbständigt, währenddessen der Effektivverdienst eine lediglich rechnerische Funktion besitzt, wobei er die variable Summe dieser Lohnbestandteile bildet.⁵⁶

c) „Vorbehaltsprinzip“

Als weitere Gestaltungsmöglichkeit, übertarifliche Geldzulagen einzelvertraglich zu regeln, bietet sich den Arbeitsvertragsparteien noch das sogenannte „Vorbehaltsprinzip“ an. Dieses Regelungsmodell geht von einer Vereinbarung eines Effektivlohns zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus, wobei die einzelnen Vergütungselemente im Gegensatz zum Einheitsprinzip rechtliche Selbständigkeit haben. *Oetker* spricht von einer „relativen“ rechtlichen Selbständigkeit.⁵⁷ Beim „Vorbehaltsprinzip“ behält sich der Arbeitgeber ein Gestaltungsrecht vor, im Einzelfall Tariflohnerhöhungen auf die übertariflichen Geldzulagen anzurechnen.

Unabhängig von der Wahl des Gestaltungsmodells, übertarifliche Geldzulagen individualrechtlich zu gewähren, haben sowohl das „Einheits-“, das

⁵³ Vgl. BAG, AP Nr. 7 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung; Nipperdey/Hueck, ArbR-Bd. II/1, S. 595.

⁵⁴ Dazu Lieb, Anm. zu BAG, SAE 1990, S. 221, 226 f.

⁵⁵ Dazu BAG, AP Nrn. 5 und 12 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung; AP Nr. 1 zu § 4 TVG Tariflohn und Leistungsprämie; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 4 Rn. 259; Wlotzke, Günstigkeitsprinzip, S. 55 f.

⁵⁶ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 5 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung unter 1. der Gründe.

⁵⁷ Oetker, RdA 1991, S. 16, 21.

„Trennungs-“ als auch das „Vorbehaltsprinzip“ gemeinsam, daß als Anspruchsgrundlage für die Zahlung eines den Tariflohn übersteigenden Effektivlohnes jeweils der zugrundeliegende Arbeitsvertrag anzusehen ist.⁵⁸

d) Vereinbarung eines Widerrufsvorbehaltes

Üblicherweise vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag individualrechtlich einen Widerrufsvorbehalt bezüglich der freiwilligen übertariflichen Geldzulagen. Durch diesen bleibt es dem Arbeitgeber vorbehalten, die Zulagenzahlungen jederzeit durch die vollständige oder teilweise Streichung (dann Kürzung) der Zulagengelder zu widerrufen. Der Arbeitgeber kann sich den Widerruf ausdrücklich oder konkludent vorbehalten.⁵⁹ Die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehaltes wird im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich für zulässig gehalten.⁶⁰ Durch eine solche Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien wird der Arbeitgeber berechtigt, Teile des Arbeitsentgeltes in angemessenen Zeitabständen zu überdenken und gegebenenfalls neu festzusetzen. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit.⁶¹

Ein allgemeiner Widerrufsvorbehalt im Arbeitsvertrag könnte etwa lauten: „Bei übertariflichen Verdienstbestandteilen handelt es sich um freiwillige, jederzeit widerrufliche Leistungen, auf die auch bei wiederholter Gewährung kein Rechtsanspruch für die Zukunft besteht. Diese Leistungen können ganz oder teilweise bei tariflichen Veränderungen und tariflichen Umgruppierungen, aber auch unabhängig von solchen, widerrufen werden“; oder: „Alle übertariflichen Zulagen und sonstigen Leistungen, gleich welcher Art, werden freiwillig gewährt und stehen unter dem Vorbehalt eines jederzeitigen Widerrufs, unabhängig von den sonstigen Bedingungen dieses Arbeitsvertrages. Bei Tariflohnerhöhungen erhöht sich der tarifliche Anteil am Gesamtlohn je Stunde. Die übertarifliche Zulage vermindert sich dadurch entsprechend automatisch, und zwar auch rückwirkend, wenn der Tariflohn erhöht wird“.⁶²

Eine ausreichende Klausel für die wirksame Einführung eines Widerrufsvorbehaltes wird bereits bejaht, wenn vom Arbeitgeber ausdrücklich im Arbeitsvertrag erklärt wird, daß die Geldzulage „bis auf weiteres“ gewährt wird.

⁵⁸ Dazu Großmann/Schneider, ArbR, Rn. 456.

⁵⁹ Zum ausdrücklich vereinbarten Widerrufsvorbehalt vgl. z.B. BAG, AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Lufthansa; Hromadka, NZA 1987, Beil. Nr. 3, S. 2, 11 f.; Peterek, FS für D. Gaul I, S. 184, 192 f.; siehe auch Teil 3: A. III.; zum konkludenten Widerrufsvorbehalt vgl. Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 102 f.; siehe auch Teil 3: A. IV.

⁶⁰ Siehe z.B. BAG, AP Nr. 6 zu § 2 KSchG 1969.

⁶¹ Dazu BAG, AP Nr. 10 zu § 315 BGB.

⁶² Aus Meisel, ArbR, Rn. 101.

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts und der Rechtslehre ist eine Leistung, die „bis auf weiteres“ gewährt wird, eine freiwillige Leistung, die unter dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs gewährt wird.⁶³

Auch unter dem Gesichtspunkt der Umgehung von Kündigungsschutzvorschriften, insbesondere § 2 KSchG, ist die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehaltes und die dementsprechende Ausübung als zulässig und wirksam zu betrachten.⁶⁴ Das Bundesarbeitsgericht ist zwar der Auffassung, es liege eine Umgehung des § 2 KSchG vor, wenn der Widerrufsvorbehalt des Arbeitgebers „wesentliche Elemente des Arbeitsvertrages“ betreffe, so daß das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung grundlegend gestört würde, nicht dagegen, wenn es um die Änderung einzelner, nicht wesentlicher Zusatzbestimmungen gehe.⁶⁵ Wie sich später noch zeigen wird, ist bei einem teilweisen oder vollständigen Widerruf übertariflicher Geldzulagen eine solche Störung des Äquivalenzverhältnisses und demzufolge eine mögliche Umgehung des § 2 KSchG jedoch ausgeschlossen.⁶⁶ Darüber hinaus ist zu bedenken, daß der Arbeitgeber durch seinen Widerrufsvorbehalt bezüglich übertariflicher Geldzulagen und der dementsprechenden Ausübung die Wertungen des Kündigungsschutzgesetzes im Grunde gar nicht umgehen kann, weil die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB der von § 2 KSchG gebotenen Kontrolle in nichts nachsteht.⁶⁷ Vereinzelt wird eine Umgehung des § 2 KSchG durch die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehaltes sogar grundsätzlich abgelehnt.⁶⁸ Da die Arbeitsvertragsparteien den Widerrufsvorbehalt vorher jeweils vereinbart haben, werde der Arbeitnehmer bei dessen Ausübung

⁶³ Siehe z.B. BAG, AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG 1952 Wohlfahrtseinrichtungen; dazu auch Ziepke, Anrechnung und Widerruf, S. 73.

⁶⁴ Vgl. dazu Söllner, Arbeitsrecht in der Verfassungsordnung, S. 343 ff.; ders., in: Hromadka, Änderung, S. 20 ff. und 29 ff.; Zöllner, in: Hromadka, Arbeitsrecht und Beschäftigungskrise, S. 34 ff.

⁶⁵ Dazu BAG, AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung unter III. 1. der Gründe; AP Nr. 20 zu § 611 BGB Direktionsrecht ab 2. der Gründe; AP Nr. 25 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 6 zu § 2 KSchG 1969 unter II. 3. d) cc) der Gründe; AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Lufthansa; Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, § 2 Rn. 30 a); MüKo, BGB, Schwerdtner, vor § 620 Rn. 60; Hromadka, DB 1995, S. 1609, 1611.

⁶⁶ Beispiele, die zur Störung des Äquivalenzverhältnisses durch einen Widerruf führen, siehe bei Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, § 2 Rn. 30 b); vgl. hierzu Teil 3: A. III. 2. c) cc) (1); ausführlich zum Widerrufsvorbehalt siehe Teil 3: A. III. und IV.

⁶⁷ So Söllner, Arbeitsrecht in der Verfassungsordnung, S. 346; ders., in: Hromadka, Änderung, S. 20 ff. und 29 ff.; wobei dieser Grundsatz nur in beschränktem Maße gilt, weil nach meiner Auffassung ein Widerrufsvorbehalt auch nach freiem Belieben zulässig ist, vgl. hierzu ausführlich Teil 3: A. III. 2. c) cc).

⁶⁸ Siehe Zöllner, in: Hromadka, Arbeitsrecht und Beschäftigungskrise, S. 34 ff.

„jedenfalls der Sache nach nicht überrascht und kann jetzt nicht geltend machen, daß er mit einer derartigen Umgestaltung nicht einverstanden sei“.⁶⁹

II. Die Regelung übertariflicher Geldzulagen durch Allgemeine Arbeitsbedingungen

1. Vorbemerkung

Individualrechtliche Ansprüche können sich auch aus Allgemeinen Arbeitsbedingungen ergeben.

In der betrieblichen Praxis existiert ein extrem breites Spektrum an Erscheinungsformen Allgemeiner Arbeitsbedingungen, welches eine umfassende Darstellung und Erörterung der damit zusammenhängenden Probleme im Rahmen der vorliegenden Arbeit ausschließt. Die folgende Darstellung braucht daher die Problematik der Allgemeinen Arbeitsbedingungen nicht in voller Breite aufzugreifen, sondern kann und muß auf die für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung relevanten Aspekte beschränkt werden.

2. Begriff und Rechtsgrundlage der Allgemeinen Arbeitsbedingungen

Die Notwendigkeit einer Erörterung des Begriffs „Allgemeine Arbeitsbedingungen“ ergibt sich aus dem Fehlen einer Legaldefinition und einer exakten terminologischen Bestimmung durch die Rechtsprechung sowie aus der uneinheitlichen Verwendung des Terminus in der arbeitsrechtswissenschaftlichen Literatur.⁷⁰

Unter dem Begriff der „Allgemeinen Arbeitsbedingungen“ werden herkömmlich die arbeitsvertragliche Einheitsregelung, die Gesamtzusage und die betriebliche Übung verstanden.⁷¹ Im Gegensatz zur „echten“ individuellen Vereinbarung sind Allgemeine Arbeitsbedingungen für alle Arbeitnehmer eines Betriebes oder zumindest für abgrenzbare Arbeitnehmergruppen inhaltlich identisch gestaltet.⁷² Spezifisches Merkmal Allgemeiner Arbeitsbedingungen ist deren genereller Charakter, der die Gleichförmigkeit der betriebl

⁶⁹ So Zöllner, in: Hromadka, Arbeitsrecht und Beschäftigungskrise, S. 35.

⁷⁰ Siehe Däubler, ArbUR 1984, S. 1, 11.

⁷¹ V. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit, S. 152; Hilger/Stumpf, FS für G. Müller, S. 209.

⁷² So Richardi, BetrVG, § 77 Rnn. 219 f.; v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit, S. 151 ff.; Säcker, Gruppenautonomie, S. 32 ff. und 80 ff.; Schmid/Trenk-Hinterberger, ArbR, S. 51; Löwisch, DB 1983, S. 1709, 1710.

chen Arbeitsbedingungen sicherstellt.⁷³ Obwohl sich Allgemeine Arbeitsbedingungen auf eine Vielzahl von Arbeitsverträgen beziehen und somit einen „kollektiven“ Bezug haben,⁷⁴ entfalten sie gleichwohl im Gegensatz zur Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag, die ausschließlich auf einer kollektivvertraglichen Rechtsgrundlage beruhen, keine normative Wirkung.⁷⁵ Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der herrschenden Ansicht im Schrifttum finden Allgemeine Arbeitsbedingungen als Gestaltungsmittel arbeitsvertraglicher Individualrechte Eingang in den Arbeitsvertrag.⁷⁶

Allgemeine Arbeitsbedingungen sind aufgrund praktischer Erwägungen von Großbetrieben entwickelt worden. Die ausschließlich individuelle Gestaltung der Arbeitsverträge erwies sich für diese Betriebe als unrentabel, unpraktikabel oder faktisch unmöglich.⁷⁷ Durch die Einführung Allgemeiner Arbeitsbedingungen wurde der Zweck verfolgt, eine einheitliche Ordnung in den Betrieben zu begründen, durch die betriebswirtschaftliche Vorteile wie Rationalisierung, Standardisierung und Typisierung massenhaft gleichförmiger Geschäftsvorfälle gewährleistet werden sollten.⁷⁸ Allgemeine Arbeitsbedingungen versetz(t)en (Groß-) Betriebe somit in die Lage, eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen für ihre Arbeitnehmer durch Schematisierung rechtlich auszugestalten. Diese Schematisierung ist vergleichbar mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in sonstigen Vertragsverhältnissen (vergleiche § 23 Abs. 1 AGBG).⁷⁹ Obwohl § 23 Abs. 1 AGBG das Arbeitsrecht von der Geltung des AGBG ausnimmt, kann die Definition aus § 1 AGBG durchaus herangezogen werden, da dort das Phänomen einheitlicher Vertragsregelungen verallgemeinerungsfähig beschrieben wird.

⁷³ Vgl. Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 115; v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit, S. 153; Säcker, Gruppenautonomie, S. 81; Becker, NJW 1973, S. 1913, 1914.

⁷⁴ Siehe z.B. BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter B. III. der Gründe; AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 1. der Gründe; Richardi, BetrVG, § 77 Rnn. 219 f.; ders., Kollektivgewalt, S. 297 ff.; v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit, S. 151 ff.; Säcker, Gruppenautonomie, S. 32 ff. und 80 ff.; Schmid/Trenk-Hinterberger, ArbR, S. 51; Löwisch, DB 1983, S. 1709, 1710; zur Abgrenzung zu reinen Individualrechten Dietz/Richardi, BetrVG (6. Aufl.), § 77 Rn. 70 m.w.N.

⁷⁵ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 1. b) der Gründe; Coester, BB 1984, S. 797, 799; Jobs, DB 1986, S. 1120.

⁷⁶ Std. Rspr. seit BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter B. III. der Gründe; siehe z.B. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 1. a) der Gründe; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 220; Belling, Günstigkeitsprinzip, S. 128 f.; MünchArbR-Bd. 1, Richardi, § 12 Rnn. 33 ff.; Söllner, ArbR, S. 201 f.; ders., Einseitige Leistungsbestimmung, S. 30 ff. und 34 ff.; Jobs, DB 1986, S. 1120.

⁷⁷ Vassilakakis, Konkurrenz, S. 5.

⁷⁸ Siehe Buschmann, Ruhegeldordnungen, S. 11; Säcker, Gruppenautonomie, S. 85.

⁷⁹ Vgl. hierzu Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle, S. 159 ff.; U. Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung, insbes. S. 147 ff.

Drei Erscheinungsformen Allgemeiner Arbeitsbedingungen lassen sich hinsichtlich ihrer Entstehungsweise unterscheiden:

a) Arbeitsvertragliche Einheitsregelung

Die arbeitsvertragliche Einheitsregelung wird im Arbeitsrecht als eine betriebs-einheitliche Gestaltung von Arbeitsbedingungen durch den Abschluß von inhaltlich übereinstimmenden Einzelverträgen zwischen Arbeitgeber und allen Arbeitnehmern oder bestimmten, nach abstrakten Merkmalen abgrenzbaren Arbeitnehmergruppen, definiert.⁸⁰ Dabei kann sich die Übereinstimmung auf den ganzen Arbeitsvertrag, bestimmte Teile oder nur eine einzige Klausel erstrecken.⁸¹ Die typische Erscheinungsform der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung stellt der sogenannte „Formular-Arbeitsvertrag“ dar, der auch als Einheits-, Schema- oder Muster-Arbeitsvertrag bezeichnet wird.⁸²

Bei dem Formular-Arbeitsvertrag handelt es sich um ein vom Arbeitgeber für künftige Arbeitsvertragsabschlüsse vorbereitetes einheitliches Vertragsmuster, welches vorformulierte, formularmäßig zusammengefaßte und regelmäßig vom Arbeitgeber einseitig aufgestellte Arbeitsbedingungen enthält. Typische Regelungsinhalte von Formular-Arbeitsverträgen stellen Entlohnungsrichtlinien, Gratifikations- und Prämienregelungen, Vertragsstrafen- und Haftungsvereinbarungen, Kündigungsregelungen und nachvertragliche Wettbewerbsverbote dar.⁸³ Neben dem Formular-Arbeitsvertrag werden arbeitsvertragliche Einheitsregelungen auch vielfach durch Bezugnahme auf den „gerade“ oder „jeweils“ geltenden Tarifvertrag begründet. Ebenso besteht die Möglichkeit, die tariflichen Arbeitsbedingungen wörtlich oder sinngemäß in die einzelnen Arbeitsverträge zu übernehmen.⁸⁴ Teilweise finden arbeitsvertragliche Einheitsregelungen auch durch Verweisung auf sonstige, außerhalb der Arbeitsverträge festgelegten Konditionen⁸⁵, wie zum Beispiel Verbands-

⁸⁰ Zur Definition siehe BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. 4. a) der Gründe; AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 3. der Gründe; Belling, Günstigkeitsprinzip, S. 128 f.; Buschmann, Ruhegeldordnungen, S. 8; Dreyer, Einheitsregelung, S. 10; Jäckle, Ablösung, S. 15; Neumann-Duesberg, BetrVerfR, S. 397; Söllner, ArbR, S. 201; G. Hueck, FS für Molitor, S. 203, 207; Hässler, ArbuR 1965, S. 289; Löwisch, DB 1983, S. 1709, 1710.

⁸¹ Dreyer, Einheitsregelung, S. 10; G. Hueck, FS für Molitor, S. 203, 207, Fn. 15.

⁸² So z.B. Schmid/Trenk-Hinterberger, ArbR, S. 51.

⁸³ Schmid/Trenk-Hinterberger, ArbR, S. 51.

⁸⁴ Vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Unterstützungskassen; AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; Dreyer, Einheitsregelung, S. 4 ff.; Säcker, Gruppenautonomie, S. 82; Becker, NJW 1973, S. 1913, 1914.

⁸⁵ Söllner, ArbR, S. 201; Becker, NJW 1973, S. 1913, 1914.

richtlinien⁸⁶ oder betriebliche Gratifikations- oder Ruhegeldordnungen⁸⁷ Eingang in den Arbeitsvertrag.

Beim Zustandekommen der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung durch Vertragsschluß zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist festzustellen, daß dieser Vertragsschluß in aller Regel nicht die Folge eines individuell gestalteten zweiseitigen Verhandlungsprozesses ist,⁸⁸ sondern vielmehr auf einer einseitigen Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber beruht.⁸⁹ Diese einseitige Gestaltung der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber ist Voraussetzung, um neu in den Betrieb zu integrierenden Arbeitnehmern gleichlautende Arbeitsbedingungen, wie für die schon beschäftigten Arbeitnehmer, zu schaffen. Gleichwohl erlangt der Regelungsinhalt der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung erst durch den Vertragsschluß zwischen dem Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer Geltung. Die Rechtsgrundlage der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung bildet, wie die obigen Erläuterungen bereits verdeutlicht haben, der Arbeitsvertrag.⁹⁰ Somit entfaltet die arbeitsvertragliche Einheitsregelung keine normative Wirkung im Sinne einer ipso-iure-Wirkung, sondern wird ergänzender Bestandteil, der durch Individualarbeitsvertrag begründeten und für jeden Arbeitnehmer individuell festgelegten einzelnen Rechte und Pflichten.⁹¹ Obwohl der individualrechtliche Charakter der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung in der Rechtsprechung und Literatur anerkannt ist, wird sie von einigen Autoren trotzdem als kollektivrechtliche oder „quasi-kollektivrechtliche“ Regelung behandelt und als solche der Betriebsvereinbarung gleichgestellt.⁹² Diese rechtlichen Cha-

⁸⁶ Vgl. BAG, AP Nr. 77 zu Art. 3 GG; AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gewerkschaftsangestellte; AP Nr. 40 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

⁸⁷ Vgl. BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt; AP Nrn. 1 und 2 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung.

⁸⁸ Gamillscheg, ArbR-Bd. I, S. 31; Säcker, Gruppenautonomie, S. 93.

⁸⁹ Siehe BAG, AP Nr. 40 zu § 242 BGB Gleichbehandlung unter 2. d) der Gründe; Belling, Günstigkeitsprinzip, S. 128; Säcker, Gruppenautonomie, S. 93; Höhne, RdA 1983, S. 233.

⁹⁰ BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 1. a) der Gründe; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 173; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 107; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 220; Belling, Günstigkeitsprinzip, S. 129; Brox, Grundbegriffe, S. 23; Dreyer, Einheitsregelung, S. 148; Jäckle, Ablösung, S. 15; Schulze, Günstigkeitsprinzip, S. 128; Söllner, ArbR, S. 201.

⁹¹ Courth, Günstigkeitsprinzip, S. 8; Hermann, ZfA 1989, S. 577, 601.

⁹² Als kollektivrechtliche Regelung qualifizieren die arbeitsvertragliche Einheitsregelung z.B. Reuter, gemeins. Anm. zu BAG, SAE 1983, S. 201, 202 f.; als „quasikollektivrechtliche“ Regelung qualifizieren die arbeitsvertragliche Einheitsregelung z.B. Säcker, Gruppenautonomie, S. 91 f. und 313 f.; ders., AR-Blattei D, Betriebsvereinbarung I, D. II. 4. d) bb); Ahrend, FS für Hilger und Stumpf, S. 17, 24 f.; Ahrend/Förster/Rühmann, DB 1982, S. 224, 226; Buchner, DB 1984, S. 877, 883; Höfer/Küpper, BB 1982, S. 565, 566; Löwisch, DB 1983, S. 1709, 1710; Schulin, DB 1983, Beil. Nr. 10, S. 1, 10 f.; ausführlich hierzu in Teil 3: B. III. 1. e).

rakterisierungen der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung sind jedoch abzulehnen. Einerseits ist die rechtliche Qualifizierung dieses Rechtsinstituts als kollektive Regelung weder mit den Grundsätzen des Betriebsverfassungsrechtes noch mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinbar, da die kollektive Rechtsetzung allein in Form des Tarifvertrages und der Betriebs- oder Dienstvereinbarung möglich ist.⁹³ Andererseits ist die rechtliche Einordnung der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung als „quasi-kollektivrechtliches“ Rechtsinstitut rechtsdogmatisch unpräzise und inkonsequent.⁹⁴

b) Gesamtzusage

Unter einer Gesamtzusage versteht man im juristischen Sprachgebrauch eine einseitige Erklärung oder ein einseitiges Versprechen des Arbeitgebers, künftig unter bestimmten Voraussetzungen in einem oder mehreren Punkten günstigere als die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen, das heißt, zusätzliche Leistungen an alle Arbeitnehmer oder an nur bestimmte, nach abstrakten Merkmalen abgegrenzte Teile der Belegschaft, zu gewähren.⁹⁵ Gesamtzusagen sind somit insbesondere in dem Bereich der freiwilligen Sozialleistungen anzutreffen. Betriebliche Ruhegelder⁹⁶ oder Gratifikationen⁹⁷ sind Beispiele hierfür. Die Gesamtzusage erfolgt meist durch eine Mitteilung in der Betriebsversammlung, Aushang am „schwarzen Brett“, Auslegung an zentraler Stelle im Betrieb, Publikation in der Werkszeitung, Umlauf einer schriftlichen Mitteilung oder Verteilung hektographierter Zettel.⁹⁸ Gesetzlich anerkannt wird die Gesamtzusage in § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG; ihre Rechtsnatur ist aber umstritten.

⁹³ GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 6; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 18; ders., Kollektivgewalt, S. 303; ders., RdA 1983, S. 201, 211; Brox, Grundbegriffe, S. 21 f.; Schaub, ArbR, S. 161 ff.; Schmid/Trenk-Hinterberger, ArbR, S. 49 f.; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 31 f.; Zöllner/Loritz, ArbR, S. 65 ff.; siehe auch z.B. Teil 2: C. II. 2. b) cc).

⁹⁴ Vgl. hierzu Teil 3: B. III. 1. e).

⁹⁵ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 90 zu § 242 BGB Ruhegehalt vor 1. der Gründe; zum Begriff „Gesamtzusage“ siehe Brox/Rüthers, ArbR, S. 31; Hilger, Ruhegeld, S. 51 ff.; Säcker, Allgemeine Arbeitsbedingungen, S. 109; ders., Gruppenautonomie, S. 117 ff.

⁹⁶ Dazu BAG, AP Nr. 58 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Ablösung; BAG, AP Nr. 90 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

⁹⁷ Siehe BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972; AP Nrn. 47 und 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

⁹⁸ So Säcker, Allgemeine Arbeitsbedingungen, S. 109.

aa) „Vertragstheorie“

Das Bundesarbeitsgericht und die herrschende Meinung in der Literatur ziehen für die rechtliche Einordnung der Gesamtzusage das auch im Arbeitsrecht herrschende Vertragsprinzip im Sinne des § 305 BGB heran.⁹⁹ Nach dieser Ansicht kommt die Gesamtzusage, ebenso wie die arbeitsvertragliche Einheitsregelung, nicht allein durch eine einseitige Erklärung des Arbeitgebers zustande, sondern einerseits durch ein Angebot des Arbeitgebers und andererseits durch ausdrückliche oder konkludente Annahmeerklärungen der betreffenden Arbeitnehmer.¹⁰⁰

Dabei wird die Gesamtzusage als Angebot des Arbeitgebers im Sinne des § 145 BGB an jeden einzelnen Arbeitnehmer gedeutet.¹⁰¹ Ist den Arbeitnehmern dieses Arbeitgeberangebot im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugegangen, wird einerseits eine ausdrückliche Annahme dieses Angebots durch die jeweils davon betroffenen Arbeitnehmer spätestens zu dem Zeitpunkt als erfolgt angesehen, zu dem sich diese auf die Zusage des Arbeitgebers berufen,¹⁰² andererseits wird eine konkludente Annahmeerklärung der Arbeitnehmer bereits zum Zeitpunkt der Kenntnismahme des Angebots, spätestens jedoch im „Weiterarbeiten“ zu den neuen Arbeitsbedingungen gesehen, da das Arbeitgeberangebot eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen und damit eine Begünstigung der Arbeitnehmer bedeute.¹⁰³ Deshalb komme die Gesamtzusage auch durch stillschweigende Annahmeerklärung der Arbeitnehmer, unter Zugangsverzicht des Arbeitgebers im Sinne des § 151 BGB, wirksam zustande.¹⁰⁴ Das für die rechtsdogmatische Fundierung der Gesamtzusage

⁹⁹ Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972; AP Nr. 58 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; AP Nrn. 110, 167, 170 und 179 zu § 242 BGB Ruhegehalt; AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG; Blomeyer/Otto, BetrAVG, Einl. Rn. 177; Brox, Grundbegriffe, S. 23; Lieb, ArbR, S. 19; Schmid/Trenk-Hinterberger, ArbR, S. 51; Zöllner/Loritz, ArbR, S. 71; Zielonka, Gesamtzusagen, S. 65 ff.; Canaris, RdA 1974, S. 18, 19; Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 23; v. Hoyningen-Huene, DB 1984, Beil. Nr. 1, S. 1, 8; Richardi, RdA 1983, S. 201, 212.

¹⁰⁰ Siehe z.B. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 1. a) der Gründe; AP Nr. 58 zu § 242 BGB Gleichbehandlung unter III. 1. der Gründe; AP Nr. 170 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter I. der Gründe; AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter B. II. 1. der Gründe; Blomeyer/Otto, BetrAVG, Einl. Rn. 177; Brox, Grundbegriffe, S. 23; Lieb, ArbR, S. 19; Schmid/Trenk-Hinterberger, ArbR, S. 51; Zöllner/Loritz, ArbR, S. 71; Zielonka, Gesamtzusagen, S. 65 ff.; Canaris, RdA 1974, S. 18, 19; Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 23; v. Hoyningen-Huene, DB 1984, Beil. Nr. 1, S. 1, 8; Richardi, RdA 1983, S. 201, 212.

¹⁰¹ So BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 1. a) der Gründe; vgl. auch Säcker, Allgemeine Arbeitsbedingungen, S. 115 f.; ders., Gruppenautonomie, S. 133 ff.

¹⁰² Siehe Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 23.

¹⁰³ So Lieb, ArbR, S. 19; Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 23.

¹⁰⁴ Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 1. a) der Gründe; Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 112 ff.; Brox/Rüthers, ArbR, S. 31; Hanau/Adomeit, ArbR, S. 32; Säcker, Gruppenautonomie, S. 465; Hermann, ZfA 1989, S. 577, 601.

vom Bundesarbeitsgericht und dem größten Teil der Literatur herangezogene „Vertragsprinzip“ stößt in anderen Teilen der Literatur auf erhebliche Bedenken.

bb) Individualrechtliche Gestaltungserklärung im Sinne des § 315 BGB

So hält *Söllner* die Deutung von Gesamtzusagen als Vertragsangebote an die Arbeitnehmer für eine reine Fiktion. „Schon die Formulierung solcher Zusagen (‚Wir freuen uns, Ihnen ... auszahlen zu können.‘)¹⁰⁵ lasse erkennen, daß sie nicht als Vertragsangebote gedacht sind“.¹⁰⁶ *Söllner* sieht in der Gewährung einer zusätzlichen Leistung ohne vorherige ausdrückliche Zusage vielmehr die Ausübung eines Gestaltungsrechtes seitens des Arbeitgebers.¹⁰⁷ Ebenso wie bei der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung stellen die durch die Gesamtzusage gestalteten Arbeitsbedingungen nicht das Ergebnis zweiseitiger, individueller Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und dem/den Arbeitnehmer(n) dar, sondern beruhen auf einer einseitigen Bestimmung des Arbeitgebers. Dieser bestimme regelmäßig die Leistungen, ihre Voraussetzungen und Modalitäten, ohne die Arbeitnehmer an diesem Entscheidungsprozeß zu beteiligen.¹⁰⁸

Bei der Gewährung zusätzlicher Leistungen verändere der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis in der Weise, daß es für den Arbeitnehmer den Rechtsgrund zum Empfang und Behalten dieser Leistungen biete.¹⁰⁹ Die Ausgestaltung der zusätzlichen Leistung habe der Arbeitgeber gemäß § 315 Abs. 1 BGB „im Zweifel“ nach billigem Ermessen zu treffen.¹¹⁰ Ebenso sei hierbei der Gleichbehandlungsgrundsatz, als Element der von § 315 BGB geforderten „Billigkeit“, zu beachten.¹¹¹ *Söllner* charakterisiert die Gesamtzusage entgegen der „Vertragstheorie“ als einen selbständigen individualrechtlichen Gestaltungsfaktor.¹¹² Dieser Auffassung folgen auch andere Vertreter im Schrifttum, die

¹⁰⁵ So die Erklärung, die das BAG in seiner Entscheidung (BAG, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Gratifikation) zu würdigen hatte.

¹⁰⁶ *Söllner*, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 33; ebenso *Hilger*, *Ruhegeld*, S. 61.

¹⁰⁷ *Söllner*, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 32 f. und 101; ders., *ArbR*, S. 198.

¹⁰⁸ Vgl. *Buschmann*, *Ruhegeldordnungen*, S. 13 f.; *Säcker*, *Gruppenautonomie*, S. 124; *Söllner*, *Arbeitsrecht in der Verfassungsordnung*, S. 343; *Becker*, *NJW* 1973, S. 1913, 1915.

¹⁰⁹ *Söllner*, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 32.

¹¹⁰ *Söllner*, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 118 f.; ders., *Arbeitsrecht in der Verfassungsordnung*, S. 356 f.

¹¹¹ *Söllner*, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 135; ders., *Arbeitsrecht in der Verfassungsordnung*, S. 356 f.

¹¹² *Söllner*, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 40 ff.

ebenso wie *Söllner* davon ausgehen, daß sich der Arbeitnehmer bei Arbeitsvertragsschluß antizipativ allen zukünftigen Verbesserungen der Arbeitsbedingungen unterwirft.¹¹³ Auf diesem Gedanken basierend, wird ein vertraglich begründetes, dem § 315 BGB unterfallendes einseitiges Gestaltungsrecht des Arbeitgebers angenommen, welches gemäß § 315 Abs. 2 BGB durch Erklärung gegenüber dem Arbeitnehmer ausgeübt wird.¹¹⁴ Dieser Lehre zufolge muß die Gesamtzusage als eine einseitige, empfangsbedürftige und rechtsgestaltende Willenserklärung angesehen werden.¹¹⁵

Die rechtliche Qualifizierung der Gesamtzusage als selbständiger individualrechtlicher Gestaltungsfaktor wird von den Vertretern der „Vertragstheorie“ mit dem Argument abgelehnt, daß ein einseitiges Gestaltungsrecht des Arbeitgebers zur Bestimmung der betrieblichen Arbeitsbedingungen eindeutig dem auch im Arbeitsrecht herrschenden Vertragsprinzip widerspräche.¹¹⁶ Das Vertragsprinzip, als Grundsatz des Privatrechts kenne, abgesehen von gesetzlich verankerten Ausnahmefällen, keine einseitigen Verpflichtungserklärungen.¹¹⁷ Darüber hinaus wird an der Qualifizierung der Gesamtzusage als einseitiges Gestaltungsrecht des Arbeitgebers kritisiert, daß dieses Rechtsinstitut zu einem anspruchserzeugenden Tatbestand eigener Art hochstilisiert würde.¹¹⁸

cc) Kollektivrechtliche Gestaltungserklärung im Sinne des § 315 BGB

Im Schrifttum wird vereinzelt auch die Auffassung vertreten, daß die Gesamtzusage nicht einen eigenständigen individualrechtlichen, sondern kollektivrechtlichen Gestaltungsfaktor im Sinne des § 315 BGB darstellt.¹¹⁹ *Hilger* ist der Auffassung, daß die Gesamtzusage eine kollektivrechtliche,

¹¹³ Z.B. Säcker, Gruppenautonomie, S. 146 ff. und 460 f.; im Ergebnis ebenso Herschel, Anm. zu BAG, AP Nr. 58 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Bl. 4, 5.

¹¹⁴ Vgl. Säcker, Gruppenautonomie, S. 146 ff. und 460 f.; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 45 f.

¹¹⁵ Vgl. Säcker, Gruppenautonomie, S. 148 f.; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 45 f.; Herschel, Anm. zu BAG, AP Nr. 58 zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Bl. 4, 5.

¹¹⁶ Siehe Lieb, ArbR, S. 19; vgl. auch Zöllner/Loritz, ArbR, S. 71; Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 23; Richardi, RdA 1983, S. 201, 212.

¹¹⁷ So Dietz/Richardi, BetrVG (6. Aufl.), § 77 Rn. 168; Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. I, S. 151, Fn. 14; Richardi, RdA 1983, S. 201, 212; ders., RdA 1965, S. 49, 51.

¹¹⁸ Vgl. Kammerer, Einheitsvertraglich gewährte Gratifikationen, S. 17; so auch schon Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 23.

¹¹⁹ Hilger, Ruhegeld, S. 58 ff. und 68 ff.; ebenso Gamillscheg, ArbR-Bd I, S. 30; einen kollektiven Tatbestand nimmt auch Karakatsanis (Karakatsanis, Die kollektivrechtliche Gestaltung, S. 36 ff.) an.

einseitige Verpflichtungserklärung des Arbeitgebers mit schuldrechtlicher, das heißt, nicht normativer Wirkung, sei.¹²⁰ Die Gesamtzusage schaffe für sich allein und ohne ausdrückliche Annahmeerklärung eine rechtliche Verpflichtung und werde damit gegenüber der Belegschaft wirksam, ohne daß jeder einzelne Arbeitnehmer Kenntnis von ihr erlangt haben müßte.¹²¹ Hilgers Ansicht nach wird das einheitliche Geschehnis der Gesamtzusage verfälscht, wenn sie in eine Vielzahl individueller Verträge umgedeutet würde.¹²²

Diese Auffassung wird im übrigen Schrifttum mit Hinblick darauf, daß das geltende Arbeitsrecht auf betrieblicher Ebene nur die Betriebsvereinbarung als kollektivrechtliches, die Arbeitsverhältnisse unmittelbar und zwingend gestaltendes Instrument der Rechtsetzung kennt, abgelehnt.¹²³ So spricht sich Söllner zwar nicht ausdrücklich bei der Gesamtzusage, jedoch im Zusammenhang mit Anordnungen des Arbeitgebers dafür aus, bei einheitlichen Regelungen dieser Art die Begriffe „kollektiver“ Tatbestand oder „kollektiv-rechtliche“ Regelung zu vermeiden, weil sonst solche Regelungen des Arbeitgebers allzu sehr in die Nähe der kollektiven Rechtssetzung rücken würden, die allein in Form des Tarifvertrages und der Betriebs- oder Dienstvereinbarung möglich wären.¹²⁴ Da nach der Auffassung Söllners neben den Anordnungen des Arbeitgebers arbeitsvertragliche Einheitsregelungen, Gesamtzusagen und betriebliche Übungen weitere Erscheinungsformen einseitiger Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis darstellen, sind seine Überlegungen bezüglich der Anordnungen entsprechend auf diese Allgemeinen Arbeitsbedingungen zu übertragen, so daß die Gesamtzusage nicht als kollektiver Tatbestand oder kollektivrechtliche Regelung aufzufassen ist.¹²⁵

dd) Analogie zu den §§ 657 ff. BGB

Hilger begründet die Gesamtzusage als kollektiven Verpflichtungstatbestand eigener Art auch mit einer Analogie zu den §§ 657 ff. BGB, wonach sich der Arbeitgeber bereits durch Abgabe beziehungsweise öffentliche Bekanntgabe

¹²⁰ Dazu Hilger, Ruhegeld, S. 58 ff. und 68 ff.

¹²¹ Hilger, Ruhegeld, S. 51; ebenso Gamillscheg, ArbR-Bd. I, S. 22.

¹²² Hilger, Ruhegeld, S. 59.

¹²³ GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rnn. 6 ff.; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 18; ders., Kollektivgewalt, S. 303; ders., RdA 1983, S. 201, 211; Brox, Grundbegriffe, S. 21 f.; Schaub, ArbR, S. 161 ff.; Schmid/Trenk-Hinterberger, ArbR, S. 51 f.; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 31 f.; Zöllner/Loritz, ArbR, S. 71.

¹²⁴ Vgl. Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 31 f.

¹²⁵ So lehnt Söllner (Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 35) auch ausdrücklich die betriebliche Übung als einen „kollektiven“ Verpflichtungstatbestand eigener Art ab.

der Gesamtzusage als streng einseitige Willenserklärung binde.¹²⁶ Gesamtzusage und Auslobung seien insofern vergleichbar, als sich der Erklärende einseitig verpflichten wolle, ohne daß es einer Annahme der Verpflichtungserklärung bedürfe.¹²⁷

Eine Analogie zu den §§ 657 ff. BGB wird für die dogmatische Fundierung der Gesamtzusage im übrigen Schrifttum dagegen einhellig abgelehnt.¹²⁸ Wie sich aus den §§ 305, 333 und 516 BGB ergebe, widerspräche die Annahme einer einseitigen Verpflichtungserklärung den Grundsätzen des Privatrechts, wonach zur Begründung von Verbindlichkeiten regelmäßig Verträge erforderlich sind.¹²⁹ Eine der gesetzlich zugelassenen Sonderregelungen, wie die Auslobung (§ 657 BGB), sei nicht verallgemeinerbar.¹³⁰ Darüber hinaus bestehe zwischen der Gesamtzusage und der Auslobung der große Unterschied, daß die Auslobung gemäß § 658 Abs. 1 BGB grundsätzlich widerruflich sei.¹³¹

ee) Stellungnahme

Die Gesamtzusage ist rechtlich als eigenständiger individualrechtlicher Gestaltungsfaktor seitens des Arbeitgebers im Sinne des § 315 BGB zu qualifizieren. Durch die Zusage zusätzlicher Leistungen verändert dieser das Arbeitsverhältnis in der Weise, daß es für den Arbeitnehmer den Rechtsgrund zum Empfang und Behalten dieser Leistungen bietet. Dem Argument der Vertreter der „Vertragstheorie“, ein solches einseitiges Gestaltungsrecht des Arbeitgebers zur Bestimmung der betrieblichen Arbeitsbedingungen widerspräche eindeutig dem auch im Arbeitsrecht herrschenden Vertragsprinzip,¹³² kann nicht gefolgt werden. Diese Argumentation verkennt nämlich, daß bei der Gesamtzusage nicht die Begründung eines Schuldverhältnisses in Frage steht, sondern die Gestaltung von Leistungsbeziehungen innerhalb eines bestehenden Dauerrechtsverhältnisses.¹³³ Deshalb ist auch das Argument der

¹²⁶ Hilger, Ruhegeld, S. 69.

¹²⁷ Vgl. Hilger, Ruhegeld, S. 69.

¹²⁸ Vgl. z.B. Florig, Die Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen, S. 66 f. m.w.N.; Kammerer, Einheitsvertraglich gewährte Gratifikationen, S. 15 f.

¹²⁹ Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. I, S. 151, Fn. 14; Richardi, Kollektivgewalt, S. 303; ders., RdA 1983, S. 201, 212; ders., RdA 1965, S. 49, 51; ders., RdA 1960, S. 401, 402; Hueck/Fastrich, AR-Blattei D, Betriebsübung I, A. II. 2. d).

¹³⁰ Kammerer, Einheitsvertraglich gewährte Gratifikationen, S. 16.

¹³¹ So Florig, Die Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen, S. 66; vorausgesetzt, der Arbeitgeber hat sich keinen Widerruf vorbehalten.

¹³² Z.B. Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 23; Richardi, RdA 1983, S. 201, 212.

¹³³ Vgl. auch Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 33.

Vertreter der „Vertragstheorie“, die Gesamtzusage sei ein anspruchsbegründender Tatbestand eigener Art, abzulehnen.¹³⁴

Die vereinzelt vertretene Auffassung, die Gesamtzusage als einseitige kollektivrechtliche Verpflichtungserklärung zu betrachten¹³⁵, ist abzulehnen. Wie bereits dargelegt, würden solche Regelungen des Arbeitgebers allzu sehr in die Nähe der kollektiven Rechtssetzung rücken, die allein in Form des Tarifvertrages und der Betriebsvereinbarung möglich ist. Zudem wäre es mit dem, das Betriebsverfassungsrecht beherrschenden, Mitbestimmungsgedanken unvereinbar, dem Arbeitgeber auf kollektivrechtlicher Ebene eine einseitige Gestaltungsbefugnis einzuräumen.¹³⁶

Ebenso ist für die dogmatische Fundierung der Gesamtzusage ein Analogieschluß zu den §§ 657 ff. BGB abzulehnen. Eine einseitige kollektivrechtliche Verpflichtungserklärung ist nämlich mit den Regeln über die Entstehung von Schuldverhältnissen im Sinne der §§ 241 und 305 BGB nicht vereinbar. Die Lehre vom einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäft des Arbeitgebers, wie sie von *Hilger* vertreten wird, kann nicht überzeugen, da die Auslobung eine vom Gesetz nur ausnahmsweise zugelassene Sonderregelung darstellt. Darauf weisen schon die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch hin: „Als eine Ausnahme von der Regel (...) erkennt der Entwurf hiernach in der Auslobung die verbindliche Kraft des einseitigen, nicht angenommenen Versprechens an“.¹³⁷

Auch die „Vertragstheorie“ vermag für die dogmatische Begründung der Gesamtzusage nicht zu überzeugen. Die Annahme, die Gesamtzusage sei ein Angebot des Arbeitgebers im Sinne des § 145 BGB an jeden einzelnen Arbeitnehmer, stellt, wie schon erwähnt, eine reine Fiktion dar.¹³⁸ Ein Rückgriff auf die „Vertragstheorie“ für die rechtliche Qualifizierung der Gesamtzusage offenbart darüber hinaus eine weitere Schwäche, nämlich bei der Konstellation, in der bereits der Zugang des arbeitgeberseitigen Angebots bei den Arbeitnehmern nicht gegeben ist. Insbesondere wegen der Möglichkeit des Widerrufs nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB wird eine Bindung des Arbeitgebers, unabhängig vom Zugang des Angebotes, angestrebt.¹³⁹ Auf § 151 BGB kann insoweit nicht zurückgegriffen werden, da diese Vorschrift ihrem klaren Wortlaut zufolge einen Zugang des Angebots voraussetzt und lediglich den Zugang der Annahme unter bestimmten Voraussetzungen für verzichtbar erklärt. Die Geltung der Gesamtzusage bei den Arbeitnehmern, denen sie nicht

¹³⁴ So aber ausdrücklich Kammerer, Einheitsvertraglich gewährte Gratifikationen, S. 17.

¹³⁵ Vgl. Gamillscheg, ArbR-Bd. I, S. 30; Hilger, Ruhegeld, S. 58 ff. und 68 ff.

¹³⁶ So auch Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 23; Richardi, RdA 1983, S. 201, 211.

¹³⁷ Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2, S. 519.

¹³⁸ Siehe Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 33.

¹³⁹ Vgl. dazu Säcker, Gruppenautonomie, S. 139 f.

zugegangen ist, wird und kann nach der „Vertragstheorie“ nur mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz erklärt werden.¹⁴⁰ Der Arbeitgeber schafft allein oder im Zusammenwirken mit dem Betriebsrat eine (zum Beispiel Ruhegeld-, Gratifikations-) Ordnung, von der in aller Regel der überwiegende Teil der betroffenen Arbeitnehmer Kenntnis erlangt. Damit existiert eine gruppenbezogene Regelung, ein Erfordernis, welches man allgemein für die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes aufstellt.¹⁴¹ Auf diese Weise können dann auch solche Arbeitnehmer in den Genuß einer Gesamtzusage kommen, denen sie nicht zugegangen ist.

Dieser Erklärungsversuch macht deutlich, daß die „Vertragstheorie“ die generelle Wirkung einer Gesamtzusage bei fehlendem Zugang des Arbeitgeberangebotes nicht befriedigend begründen kann. Für eine Erklärung der generellen Wirkung müssen die Vertreter der „Vertragstheorie“ vielmehr den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz heranziehen.¹⁴²

Hinsichtlich der dogmatischen Begründung der Gesamtzusage verdient deshalb die Theorie der arbeitgeberseitigen Gestaltungserklärung im Sinne des § 315 BGB den Vorzug vor der „Vertragstheorie“.

c) Betriebliche Übung

Die betriebliche Übung stellt die dritte Form Allgemeiner Arbeitsbedingungen dar.

aa) Tatbestand

Eine betriebliche Übung liegt nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts und der herrschenden Auffassung im Schrifttum tatbestandlich vor, wenn der Arbeitgeber allen Arbeitnehmern (Gemeinübung) oder bestimmten, nach abstrakten Merkmalen abgrenzbaren Arbeitnehmergruppen (Gruppenübung), ohne vorherige vertragliche Vereinbarung regelmäßig und vorbehaltlos bestimmte Leistungen gewährt (hat), als nach der bislang im Betrieb gehand-

¹⁴⁰ Siehe z.B. Lieb, ArbR, S. 32 f.; ausführlich zum Gleichbehandlungsgrundsatz siehe Teil 2: E.

¹⁴¹ Lieb, ArbR, S. 33.

¹⁴² Hierbei greifen sie insoweit auf ein Element der von § 315 BGB geforderten „Billigkeit“ bei der Leistungsbestimmung zurück; siehe Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 135 f.

haben rechtlichen Regelung.¹⁴³ Die betriebliche Übung weist also die gleichen Wesensmerkmale wie die übrigen, oben beschriebenen Erscheinungsformen Allgemeiner Arbeitsbedingungen, auf. Sie ist gekennzeichnet durch die einseitige Bestimmung der Regelungsinhalte durch den Arbeitgeber und ihren generellen konkreten Inhalt, der in der Begründung einer betrieblichen Ordnung der durch betriebliche Übungen gestalteten Arbeitsbedingungen, zum Ausdruck kommt.¹⁴⁴ Die Gegenstände der betrieblichen Übung sind außerordentlich vielfältig. Neben den Zuwendungen, in Form von übertariflichen Zulagen, Gratifikationen, Ruhegeldern, Essenzzuschüssen oder Trennungsgeldern, gehören hierzu auch die Gewährung und Vergütung arbeitsfreier Tage (zum Beispiel Rosenmontag) und die Anpassung der übertariflichen Gehälter bei Tariflohnerhöhungen.¹⁴⁵

bb) Rechtsnatur

Im Gegensatz zum Tatbestand wird die dogmatische Qualifizierung der betrieblichen Übung von Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beurteilt. In der Vergangenheit sind von verschiedenen Seiten zahlreiche Erklärungsmodelle bezüglich der Rechtsnatur betrieblicher Übungen entworfen worden, die inzwischen größtenteils als überholt gelten¹⁴⁶ und deshalb hier nicht mehr dargestellt werden. Im wesentlichen konkurrieren heute nur noch zwei Grundpositionen zur Dogmatik der betrieblichen Übung, die zur Veranschaulichung kurz skizziert werden sollen. Eine Erörterung dieser beiden Theorien ist unerlässlich, da die Möglichkeit einer Verschlechterung von aus betrieblichen Übungen entstandenen Ansprüchen vielfach in Abhängigkeit von der dogmatischen Begründung der Anspruchsentstehung beurteilt wird.¹⁴⁷

¹⁴³ Vgl. BAG, AP Nr. 27 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 3. a) der Gründe; AP Nr. 46 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 1. a) der Gründe; AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 53 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 1. a) der Gründe; AP Nr. 64 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 2. b) aa) der Gründe; Säcker, Gruppenautonomie, S. 117 und ausführlich zur betrieblichen Übung, S. 464 ff.; Hermann, ZfA 1989, S. 577, 601; Hromadka, NZA 1984, S. 241, 243.

¹⁴⁴ Hierzu ausführlich Petermann, Betriebliche Übung, S. 51 ff.

¹⁴⁵ Eine detaillierte Darstellung bei Seiter, Betriebsübung, S. 74 ff.

¹⁴⁶ Vgl. dazu ausführlich Seiter, Betriebsübung, S. 48 ff.

¹⁴⁷ So Lieb, ArbR, S. 21; Falkenberg, DB 1984, S. 875, 880; Richardi, RdA 1983, S. 278, 285 ff.; Wiedemann, Anm. zu BAG, AP Nr. 121 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Bl. 4, 5 f.

(1) „Vertragstheorie“

Das Bundesarbeitsgericht und ein Teil des Schrifttums vertreten die sogenannte „Vertragstheorie“.¹⁴⁸ Die Anhänger dieser Theorie glauben die Verpflichtungskraft betrieblicher Übungen auf dem Boden der traditionellen Rechtsgeschäftslehre begründen zu können. Sie gehen davon aus, bei der betrieblichen Übung handele es sich um eine arbeitsvertragliche Abrede, die vergleichbar der Gesamtzusage durch stillschweigende Annahme im Sinne des § 151 BGB zustandekomme.¹⁴⁹ Die hierbei erforderlichen schlüssigen Willenserklärungen werden einerseits in dem fortgesetzten gleichförmigen Verhalten des Arbeitgebers gesehen, andererseits in der Entgegennahme günstigerer oder in der widerspruchslosen Hinnahme ungünstigerer Regelungen¹⁵⁰ durch die Arbeitnehmer.

(2) „Vertrauenshaftungstheorie“

Die überwiegende Meinung im anderen Teil des Schrifttums vertritt dagegen die sogenannte „Vertrauenshaftungstheorie“.¹⁵¹ Die Vertreter dieser Theorie haben durch Rechtsfortbildung im Gegensatz zur traditionellen Rechtsgeschäftslehre eine eigene Lehre in Form einer außerrechtsgeschäftlichen Vertrauenshaftung entwickelt. Sie lehnen die Deutung der betrieblichen Übung als Resultat einer Fülle gleichlautender, stillschweigender individualrechtlicher Vereinbarungen zwischen dem Arbeitgeber und den einzelnen Arbeitnehmern mit dem Argument ab, daß es dem Arbeitgeber bei der Abgabe seines „Angebots“ im allgemeinen am Erklärungsbewußtsein mangelt, und die Annahme einer arbeitgeberseitigen Willenserklärung eine reine Fiktion dar

¹⁴⁸ Std. Rspr. des BAG, vgl. z.B. BAG, AP Nr. 64 zu § 77 BetrVG 1972; AP Nrn. 12, 29, 38, 46, 47 und 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; AP Nr. 16 zu § 75 BPersVG; AP Nr. 9 zu § 611 BGB Arbeitszeit; AP Nr. 192 zu § 611 BGB Gratifikation; Palandt, BGB, Heinrichs, Einf. v. § 116 Rn. 14; Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. I, S. 151 f.; Löwisch, ArbR, Rn. 49; Mengel, Betriebliche Übung, S. 55 ff.; A. Hueck, FS für Lehmann II, S. 636 ff.

¹⁴⁹ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 46 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 1. a) der Gründe; AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 64 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 2. b) aa) der Gründe; Löwisch, ArbR, Rn. 49.

¹⁵⁰ Zu arbeitgeberbegünstigenden Betriebsübungen vgl. z.B. BAG, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Lohnanspruch; AP Nr. 3 zu § 13 JugArbSchutzG; AP Nr. 1 zu § 120 c) GewO; MünchArbR-Bd. 1, Richardi, § 13 Rnn. 29 und 30.

¹⁵¹ Staudinger, BGB, Richardi, § 611 Rnn. 253 f.; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 388 ff. und 405 ff.; Seiter, Betriebsübung, S. 92 ff.; ders., DB 1967, S. 1585, 1586 f.; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 34 f.; ders., ArbR, S. 198; Zöllner/Loritz, ArbR, S. 71 f.; Hanau, AcP 165, S. 220, 260 ff.; Hromadka, NZA 1984, S. 241, 244; ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Betriebliche Übung, Bl. 3 ff.; Richardi, RdA 1983, S. 278, 286; ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Bl. 9, 11 f.; ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 6 zu § 242 Betriebliche Übung, Bl. 3 f.; zu den verschiedenen Ansichten vgl. Hahn, Fehlerhafte Normenanwendung, S. 103 ff.; Säcker Gruppenautonomie, S. 464 ff.

stellt. *Lieb* bezeichnet diese weite Auslegung als „Verwässerung“ des Begriffs der Willenserklärung.¹⁵²

Gemäß der Vertrauenshaftungstheorie ist der Zurechnungsgrund für die Bindung des Arbeitgebers das Vertrauen des Arbeitnehmers auf die Fortsetzung der bisherigen Übung. Durfte sich der Arbeitnehmer in seinen Dispositionen auf die Fortsetzung der Übung einrichten und hat er dies auch getan, so ist sein Vertrauen so schutzwürdig, daß eine einseitige Lossagung des Arbeitgebers von dieser Übung ein gegen Treu und Glauben verstoßendes widersprüchliches Verhalten darstellen würde.¹⁵³ Die rechtsbegründende Wirkung des Vertrauens wird als Gegenstück des rechtsbeeinträchtigenden Tatbestands der „Verwirkung“ angesehen, bei dem durch rein tatsächliches Verhalten das schutzwürdige Vertrauen hervorgerufen werden könnte, bestehende Ansprüche würden nicht geltend gemacht. In Analogie hierzu wird die Anspruchsentstehung aus betrieblicher Übung als „Erwirkung“ bezeichnet.¹⁵⁴ Nach *Seiter* basiert die Erwirkung auf folgenden Voraussetzungen: „Das Verhalten des Arbeitgebers muß objektiv geeignet sein, das Vertrauen des Arbeitnehmers auf den Tatbestand der Übung zu erwecken (objektiver Vertrauenstatbestand). Weiterhin muß der Arbeitgeber die das Vertrauen begründenden Tatsachen kennen oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kennen; das Verhalten muß ihm zurechenbar sein. Schließlich muß der Arbeitnehmer auf die Fortsetzung der Übung vertraut und sich darauf eingerichtet haben“.¹⁵⁵

Söllner, der ebenfalls auf Vertrauensgesichtspunkte der Arbeitnehmer abstellt, wertet die betriebliche Übung als ein Verhalten des Arbeitgebers im Sinne einer ihn bindenden Ausübung eines Leistungsbestimmungsrechtes.¹⁵⁶ Die betriebliche Übung stelle eine schlüssig erklärte Gesamtzusage dar, die ebenso wie diese, als generelle Ausübung von Leistungsbestimmungsrechten nach § 315 BGB auf die Einzelarbeitsverhältnisse einwirke.¹⁵⁷

Für eine Begründung der anspruchserzeugenden Wirkung betrieblicher Übungen auf der Grundlage der rechtsfortbildend entwickelten Vertrauenshaftungstheorie wird weiterhin vorausgesetzt, daß nicht schon die traditionelle Rechtsgeschäftslehre die bindende Wirkung betrieblicher Übungen, wie

¹⁵² Lieb, ArbR, S. 20.

¹⁵³ Blomeyer/Otto, BetrVG, Einl. Rnn. 179 ff.; Canaris, Vertrauenshaftung, S. 287 ff. und 386 ff.; grundlegend Seiter, Betriebsübung, S. 92 ff.; Hromadka, NZA 1984, S. 241, 244.

¹⁵⁴ Dietz/Richardi, BetrVG (6. Aufl.), § 77 Rn. 170; Lieb, ArbR, S. 20; Seiter, Betriebsübung, S. 95; Hanau, AcP 165, S. 220, 261.

¹⁵⁵ Vgl. Seiter, Betriebsübung, S. 99 und 105.

¹⁵⁶ Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 36; ders., ArbR, S. 198.

¹⁵⁷ Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 36, Fußn. 2 und S. 101; ders., ArbR, S. 198.

von den Vertretern der außerrechtsgeschäftlichen Haftung behauptet, zu begründen vermag. Als Vertreter der Vertrauenshaftungstheorie ist *Canaris* der Auffassung, daß für die „stets subsidiäre“ Haftung kraft Erwirkung nur in den Fällen Raum und Bedürfnis bestehe, in denen nicht bereits die Rechtsgeschäftslehre, die Rechtsscheinhaftung oder der Gleichbehandlungsgrundsatz die Bindung des Arbeitgebers aus betrieblicher Übung begründen können.¹⁵⁸

(3) Stellungnahme

Als Hauptkritikpunkt an der Vertragstheorie wird von den Anhängern der Vertrauenshaftungstheorie vorgebracht, daß es dem Arbeitgeber im allgemeinen am Erklärungsbewußtsein mangelt und die Annahme einer arbeitgeberseitigen Willenserklärung eine reine Fiktion darstellen würde.¹⁵⁹ Die oben erwähnte rechtsgeschäftlich orientierte Auffassung nimmt zwar zu Recht an, daß dem Arbeitgeber bei der Hingabe der einzelnen Leistungen das Bewußtsein einer zukünftigen Bindung fehlt; jedoch ist dies für das Vorliegen einer Willenserklärung unbeachtlich, weil es sich hier um das rechtsgeschäftliche Erklärungsbewußtsein als Element einer Willenserklärung handelt, dessen Fehlen nicht die Willenserklärung eo ipso entfallen läßt, sondern nur zu deren Anfechtbarkeit führt.¹⁶⁰ Diese Gedanken zum Tatbestand der Willenserklärung stellte der Bundesgerichtshof schon in einer Grundsatzentscheidung vom 7.6.1984 auf, wonach für eine Willenserklärung ein aktuelles Erklärungsbewußtsein nicht erforderlich ist, sondern vielmehr ein potentiell Erklärungsbewußtsein ausreicht.¹⁶¹ Dies hat der Erklärende dann, wenn er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, daß seine Erklärung oder sein Verhalten vom Empfänger nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefaßt werden durfte.¹⁶² Dieses Gedankenganges bediente sich das Bundesarbeitsgericht in der Folgezeit für die Klärung der Streitfrage, ob der Vertrauenshaftungs- oder der Vertragstheorie der Vorzug zu geben ist, nachdem es diese Frage lange Zeit offenließ.¹⁶³ In diesem Zusammenhang be

¹⁵⁸ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 387; sinngem. auch MüKo, BGB, Kramer, vor § 116 Rn. 39.

¹⁵⁹ Siehe dazu Teil 2: A. II. 2. c) bb) (2).

¹⁶⁰ Vgl. auch Säcker, Gruppenautonomie, S. 485 m.w.N.

¹⁶¹ BGHZ 91, S. 324 ff.; bestätigt durch BGHZ 109, S. 171 ff.; Scharmann (Scharmann, Ablösende Betriebsvereinbarung, S. 40, Fn. 99) spricht von einer „reformierten“ allgemeinen Rechtsgeschäftslehre des BGH.

¹⁶² Siehe BGHZ 91, S. 324, 329 ff.; auch Lehre vom „objektiven Empfängerhorizont“ genannt, so Soergel, BGB, Hefermehl, vor § 116 Rnn. 12 ff.

¹⁶³ Vgl. insbes. BAG, AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

kannte sich das Bundesarbeitsgericht in daraufhin zahlreich ergangenen Entscheidungen eindeutig zur Vertragstheorie.¹⁶⁴

Folgt man nunmehr der Vertragstheorie und wendet auf sie die „modernisierte“ Rechtsgeschäftslehre an, ergibt sich im Hinblick auf die dogmatische Begründung der betrieblichen Übung, daß die mehrmalige, vorbehaltlose Gewährung von Leistungen des Arbeitgebers als Willenserklärung gewertet werden muß und eine rechtsgeschäftliche Verpflichtungswirkung für den Arbeitgeber eintritt, unabhängig davon, ob er sich binden wollte oder die bindende Wirkung der betrieblichen Übung erkannt hat. Es genügt, daß der Arbeitgeber wissentlich einen objektiven Tatbestand gesetzt hat, den die begünstigten Arbeitnehmer als Zusage einer dauernden, auch künftig zu gewährenden Leistung verstehen durften.¹⁶⁵

Meines Erachtens stellt das regelmäßige Verhalten des Arbeitgebers jedoch kein Vertragsangebot im Sinne des § 145 BGB, sondern eine Gestaltungserklärung im Sinne des § 315 BGB dar. Im Grunde besteht zwischen betrieblicher Übung und Gesamtzusage, die ebenfalls als Gestaltungserklärung im Sinne des § 315 BGB aufzufassen ist, kein gravierender Unterschied. Während der Arbeitgeber bei der Gesamtzusage das Arbeitsverhältnis in aller Regel durch ausdrückliche Gestaltungserklärung zugunsten der Arbeitnehmer verändert, geschieht dies bei der betrieblichen Übung durch sein schlüssiges Verhalten.¹⁶⁶ Dieses schlüssige Verhalten des Arbeitgebers wird dann zur betrieblichen oder - besser gesagt - „ständigen“ Übung, wenn es beim Arbeitnehmer die Erwartung und das berechtigte Vertrauen hervorgerufen hat, es werde sich an der tatsächlichen Übung nichts mehr ändern.¹⁶⁷

Selbst wenn man das fortgesetzte gleichförmige Verhalten des Arbeitgebers als Angebot für zukünftige, günstigere Arbeitsbedingungen an die Arbeitnehmer auffaßt, kann die dogmatische Begründung der betrieblichen Übung mit vertraglichen Elementen trotzdem in den Bereich der Fiktion geraten. Dies wird deutlich bei dem Problemkreis des neu in den Betrieb eintretenden Arbeitnehmers, der nach der Arbeitsaufnahme erstmals von einer bisher bestehenden Übung Kenntnis erlangt. Zu Recht wird ein kollektiver Bezug der Betriebsübung auf diesen neu eintretenden Arbeitnehmer bejaht. Die Ver

¹⁶⁴ Std. Rspr. des BAG, vgl. z.B. BAG, AP Nr. 64 zu § 77 BetrVG 1972; AP Nrn. 12, 29, 38, 46, 47 und 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; AP Nr. 16 zu § 75 BPersVG; AP Nr. 9 zu § 611 BGB Arbeitszeit; AP Nr. 192 zu § 611 BGB Gratifikation.

¹⁶⁵ Vgl. BAG, AP Nr. 12 zu § 242 Betriebliche Übung unter II. 2. der Gründe; Sacker, Gruppenautonomie, S. 486 f.

¹⁶⁶ Das schlüssige Verhalten stellt keine Willenserklärung dar, sondern wird nur wie eine solche behandelt, siehe Flume, AcP 161, S. 52 bis 76; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 34 ff.; vgl. auch Staudinger, BGB, Dilcher, Vorbem. 3 ff. zu §§ 116 bis 144.

¹⁶⁷ So auch Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 36 f.

tragstheorie unterstellt beim Neueintritt, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemäß der §§ 133 und 157 BGB einen Arbeitsvertrag jeweils unter den im Betrieb allgemein geltenden Arbeitsbedingungen, inklusive einer bereits bestehenden betrieblichen Übung, abschließen. Bei der Einbeziehung einer solchen Übung in den Arbeitsvertrag geht die Vertragstheorie jedoch von einer Fiktion aus. Sie vermag nämlich nicht zu erklären, wie und wann der Arbeitnehmer das in einer Betriebsübung liegende Angebot seines Arbeitgebers annimmt. Bekannt dürfte die Übung einem „neuen“ Arbeitnehmer wohl kaum sein. Der kollektive Bezug einer Betriebsübung gegenüber einem „neueintretenden“ Arbeitnehmer kann und muß auch hier, ebenso wie schon bei der Gesamtzusage, mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz erklärt werden. Im Falle einer betrieblichen Übung muß es ein Arbeitnehmer nicht hinnehmen, wenn ihn der Arbeitgeber ohne sachlich fundierten Grund, abweichend von einer im Betrieb gebräuchlichen Ordnung, behandelt. Dem Arbeitnehmer steht nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ein umfassendes Recht auf Teilhabe an den vom Arbeitgeber gewährten Leistungen zu.¹⁶⁸

Im Zusammenhang mit der dogmatischen Begründung der betrieblichen Übung offenbart die Vertragstheorie bei konsequenter Anwendung noch weitere Schwächen. Ihr folgend, muß dem Arbeitgeber als Erklärendem wegen fehlenden Erklärungsbewußtseins ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 1 2. Alt. BGB analog zugesprochen werden.¹⁶⁹ Auch er muß wählen können, ob er eine Betriebsübung gegen sich gelten lassen oder infolge Anfechtung beseitigen will. Einige Stimmen im Schrifttum versuchen dieser ungewollten Folge der Vertragstheorie dadurch zu begegnen, daß sie ein Anfechtungsrecht mit der Begründung ablehnen, es läge nur ein unbeachtlicher Rechtsfolgeirrtum beim Erklärenden vor.¹⁷⁰ Andernfalls würde der nachlässige Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitgeber begünstigt, der wisse, daß aus seinem Verhalten eine bindende betriebliche Übung erwachse.¹⁷¹

Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Gestattet die Vertragstheorie dem Arbeitgeber nämlich keine Anfechtung, würde sie einerseits gegen die von der Rechtsprechung und Rechtslehre aufgestellten allgemeinen Regeln über die Willenserklärung verstoßen und wäre insoweit inkonsequent. Verstünde man andererseits einen Rechtsfolgeirrtum in der genannten Art und Weise, wäre im Zivilrecht bei fehlendem Erklärungsbewußtsein ein Anfechtungsrecht gemäß § 119 Abs. 1 2. Alt. BGB analog immer ausgeschlossen.

¹⁶⁸ Vgl. hierzu BAG, AP Nrn. 3 bis 5 und 30 bis 34 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

¹⁶⁹ BGHZ 91, S. 324, 329 ff. m.w.N.; Palandt, BGB, Heinrichs, Einf. v. § 116 Rn. 17; Bydlinski, JZ 1975, S. 5.

¹⁷⁰ Siehe z.B. Löwisch/Kaiser, Anm. zu BAG, AP Nr. 1 zu § 620 BGB Saisonarbeit, Bl. 5, 6; Peterek, FS für D. Gaul I, S. 184, 195.

¹⁷¹ Schaub, ArbR, S. 967 f.; Peterek, FS für D. Gaul I, S. 184, 195.

Schließlich ist dem Handelnden in derartigen Fällen gerade nicht bewußt, „durch sein Verhalten eine auf Rechtsfolgen irgendwelcher Art gerichtete Erklärung abzugeben“. ¹⁷² Der genannten Auffassung wollte der Bundesgerichtshof mit seiner Entscheidung vom 7.6.1984 aber entgegenstehen, als er ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 1 2. Alt. analog BGB bei fehlendem Erklärungsbewußtsein zuließ. ¹⁷³ Ein unbeachtlicher Erklärungsirrtum kann somit nicht angenommen werden. ¹⁷⁴ Zudem versagt die Vertragstheorie dort, wo für die Änderung des Arbeitsvertrages die Schriftform vorgesehen ist. ¹⁷⁵

Auch die Begründung der anspruchserzeugenden Wirkung betrieblicher Übungen kraft der Vertrauenshaftungstheorie ist zahlreicher Kritik ausgesetzt. Ansatzpunkt zur Kritik innerhalb dieser Lehre ist die zentrale Frage, wann ein anspruchsbegründender Vertrauenstatbestand vorliegt. Die Vertreter der Vertrauenshaftungstheorie gehen von einer Anspruchsentstehung aus betrieblicher Übung unabhängig davon aus, ob der betreffende Arbeitnehmer tatsächlich auf die Beibehaltung der Übung vertraut hat. Anstelle einer eigenständigen Vertrauensinvestition des einzelnen Arbeitnehmers soll vielmehr ein abstraktes, typisiertes Vertrauen des Kollektivs beziehungsweise das Vertrauen eines sich typischerweise verhaltenden Arbeitnehmers genügen. ¹⁷⁶ Es soll somit für den einzelnen Arbeitnehmer ein Anspruch aus betrieblicher Übung kraft Vertrauensschutzes begründet werden, obwohl er (vielleicht) nicht selbst vertraut, sondern andere Arbeitnehmer quasi stellvertretend für ihn vertrauen. Zweifelhafte ist daran zum einen, ob man dies mit dem Prinzip eines echten Vertrauensschutzes vereinbaren kann, ¹⁷⁷ zum anderen, ob hierdurch die Lehre von der Vertrauenshaftung, wie der Rechtsgeschäftslehre vorgeworfen, nicht ihrerseits in den Bereich der Fiktion gerät. ¹⁷⁸

Eine individualrechtliche Sichtweise der „Schutzbedürftigkeit“ der Arbeitnehmer, wie sie von den Kritikern der Vertrauenshaftungstheorie gefordert wird, ist mit dem Wesen der betrieblichen Übung in der Form einer Kollektivübung unvereinbar. Da der Geltungsgrund einer betrieblichen Übung gerade auf deren betriebseinheitlicher Anwendung beruht, ist bei der Bindungswirkung einer Erwirkung im Arbeitsrecht nicht nur auf die Schutzbedürftigkeit des einzelnen Arbeitnehmers, sondern der Arbeitnehmer als Kol

¹⁷² Vgl. Soergel, BGB, Hefermehl, vor § 116 Rnn. 12 f.

¹⁷³ BGHZ 91, S. 324, 329 ff.

¹⁷⁴ Ebenso Backhaus, ArbUR 1983, S. 65, 72; Seiter, DB 1967, S. 1585, 1588.

¹⁷⁵ Söllner, ArbR, S. 202.

¹⁷⁶ So Seiter, Betriebsübung, S. 101 ff., 105.

¹⁷⁷ Hierzu Eberle, Betriebliche Übung, S. 27; Scharmann, Ablösende Betriebsvereinbarung, S. 38.

¹⁷⁸ Zu weiteren Kritikpunkten an der Vertrauenshaftungstheorie vgl. Eberle, Betriebliche Übung, S. 25 ff.; Säcker, Gruppenautonomie, S. 473 f.

lektiv abzustellen.¹⁷⁹ Bei der Gewährung zusätzlicher Sozialleistungen kann der Arbeitgeber hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit unmöglich die persönlichen, außerhalb des Betriebes liegenden Verhältnisse seiner Arbeitnehmer überblicken. Eine rein individualrechtlich interpretierte Erwirkungslehre vermag somit nicht die eigentliche Intention einer Betriebsübung, nämlich die Schaffung betriebseinheitlicher Zustände, erklären.

Für die dogmatische Fundierung der betrieblichen Übung ist folglich nicht der Vertragstheorie, sondern der Vertrauenshaftungstheorie der Vorzug zu geben. Die betriebliche Übung ist als Gestaltungserklärung des Arbeitgebers im Sinne des § 315 BGB zu interpretieren. Ihre anspruchserzeugende Wirkung ist mit Hilfe der Vertrauenshaftungstheorie (Erwirkungslehre) konsequent zu erklären.

3. Folgerungen

Sind die Voraussetzungen für eine arbeitsvertragliche Einheitsregelung, eine Gesamtzusage oder eine betrieblichen Übung gegeben, wird auf diesem Wege für jeden der davon betroffenen Arbeitnehmer ein individualrechtlicher Anspruch auf Erlangung einer übertariflichen Geldzulage begründet, da Rechtsgrundlage der Allgemeinen Arbeitsbedingungen der Arbeitsvertrag ist.

B. Die Regelung übertariflicher Geldzulagen auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene

I. Vorbemerkung

Die Betriebsvereinbarung und die Regelungsabrede sind neben dem Tarifvertrag zu den wichtigsten Gestaltungsmitteln der Arbeitsentgelte geworden.¹⁸⁰ So können durch den Abschluß einer Betriebsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat den Arbeitnehmern eigenständige Ansprüche auf Zahlung von übertariflichen Geldzulagen gegen den Arbeitgeber begründet werden. Im Gegensatz zur Betriebsvereinbarung können durch eine Regelungsabrede zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat keine eigenständigen Zahlungsansprüche der Arbeitnehmer begründet werden, jedoch können die Betriebspartner durch diese Vereinbarung bewirken, daß den betreffenden Arbeitnehmern individualrechtliche Ansprüche gegen den Arbeitgeber erwachsen. Die anspruchsbegründende Dimension dieses Gestaltungsmittels dürfte in der Praxis allerdings wohl die Ausnahme darstellen.

¹⁷⁹ Dies deutete schon der 3. Senat des BAG an: „Vertrauensschutz und Gleichbehandlungsgrundsatz greifen ineinander, beides zusammen bewirkt, daß der Arbeitgeber an die von ihm eingeführte Übung gebunden ist“, vgl. BAG, AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter I. 1. b) der Gründe.

¹⁸⁰ MünchArbR-Bd. 1, Hanau, § 60 Rnn. 73 ff.

II. Die Gewährung durch Betriebsvereinbarung

1. Begriff, Rechtsnatur und Wirkung

Hinsichtlich des Begriffs und der Rechtsnatur der Betriebsvereinbarung besteht in der Rechtslehre Uneinigkeit. Das liegt daran, daß das Gesetz für den Begriff „Betriebsvereinbarung“ keine Legaldefinition bereit hält. Auch in den §§ 77 Abs. 2 bis 6 und 88 BetrVG finden sich nur wenige Bestimmungen über dieses Gestaltungsmittel.

Nach der auf *Nipperdey* zurückgehenden Definition stellt die Betriebsvereinbarung einen Vertrag dar, der schriftlich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat im Rahmen ihrer Zuständigkeit zur Festsetzung von Rechtsnormen über den Inhalt, den Abschluß und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen abgeschlossen wird.¹⁸¹ Dieser Definition hat sich die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Rechtslehre angeschlossen, die in der Betriebsvereinbarung einen privatrechtlichen, zweiseitigen kollektiven Normenvertrag sehen, der zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat abgeschlossen wird und kraft staatlicher Ermächtigung unmittelbar und zwingend die betrieblichen Arbeitsverhältnisse normativ gestaltet („Vertragstheorie“).¹⁸² Eine noch weitergehende Auffassung verfolgen die Vertreter der sogenannten „Vereinbarungstheorie“, wonach anstelle sich ergänzender Willenserklärungen die rechtssetzende Vereinbarung durch parallel gerichtete Willenserklärungen zustandekommt.¹⁸³ Nach der sogenannten „Satzungstheorie“ soll die Betriebsvereinbarung dagegen eine durch übereinstimmende parallele Beschlüsse des Arbeitgebers und des Betriebsrats zustandekommene Normenordnung, das heißt, eine autonome Satzung für den Betrieb, sein.¹⁸⁴

Der Wortlaut des Gesetzes ist zwar nicht eindeutig und kann sowohl für die Satzungs- als auch für die Vertragstheorie herangezogen werden. Es spricht aber einiges dafür, daß der Gesetzgeber der Vertragstheorie den Vorzug geben wollte. Einerseits folgt dies aus § 77 Abs. 1 BetrVG, wo von „Vereinbarungen“, also vertraglichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat gesprochen wird. *Schaub* bezeichnet den Begriff der „Vereinbarung“ als

¹⁸¹ Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. II/2, S. 1256.

¹⁸² Vgl. BVerfGE 73, S. 261, 268; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 13; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 6; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rnn. 31 ff. m.w.N.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rnn. 5 f.; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 24; Weiss/Weyand, BetrVG, § 77 Rn. 11; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 1; Schaub, ArbR, S. 1868 f.; Bulla, DB 1962, S. 1207.

¹⁸³ So Jacobi, Grundlehren, S. 351; Dietz, FS für Sitzler, S. 131, 137; Neumann-Duesberg, RdA 1962, S. 402, 404 und 409.

¹⁸⁴ Herschel, RdA 1948, S. 47; ders., RdA 1956, S. 161, 168; vgl. auch die Nachweise bei Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 23.

Oberbegriff zur Betriebsvereinbarung.¹⁸⁵ Andererseits kann die Betriebsvereinbarung durch eine Kündigung, die in § 77 Abs. 5 BetrVG geregelt ist, beendet werden. Satzungen können dagegen nicht gekündigt werden. Desweiteren geht die Satzungstheorie von dem unzutreffenden Ausgangspunkt aus, daß der Betrieb, einen den Arbeitgeber und die Arbeitnehmer umfassenden Betriebsverband mit den gleichberechtigt zusammenwirkenden Organen, Betriebsrat und Arbeitgeber, darstellt. Einen derartigen übergeordneten Betriebsverband gibt es aber nicht, da die Betriebsverfassung bipolar strukturiert ist, wobei sich Arbeitgeber und Betriebsrat mit unterschiedlichen Interessen gegenüberstehen. Die §§ 2 Abs. 1 und 74 Abs. 1 BetrVG verpflichten die Betriebspartner dabei nur auf die Einhaltung bestimmter „Spielregeln“, verbinden sie aber weder zu einem Organ eines mitgliedschaftlich verfaßten Betriebsverbandes noch zu zwei gleichberechtigten und zum Zusammenwirken aufgerufenen Organen. Das Mittel, zu einem Interessenausgleich zu kommen, ist der Abschluß eines Vertrages, nicht der Beschluß oder die Satzung.¹⁸⁶

Obwohl die Rechtsnatur der Betriebsvereinbarung umstritten ist, besteht bei den Vertretern aller Theorien, die hierzu entwickelt worden sind, Einigkeit darüber, daß Betriebsvereinbarungen ebenso wie Tarifverträge (§ 4 Abs. 1 TVG) normative Wirkung haben und daher objektives Recht schaffen (§ 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG).¹⁸⁷ Die Inhaltsnormen der Betriebsvereinbarung bestimmen den Inhalt der Arbeitsverhältnisse, ohne Inhalt der Einzelarbeitsverhältnisse zu werden. Vorschriften einer Betriebsvereinbarung können allerdings durch Bezugnahme zum Inhalt der Einzelarbeitsverhältnisse gemacht werden.¹⁸⁸ Die Betriebsvereinbarung gilt unabhängig vom Arbeitsvertrag, sogar ohne Wissen und Wollen für in den Betrieb neueintretende Arbeitnehmer.¹⁸⁹

2. Zustandekommen durch einen Vertrag zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat

a) Schriftformerfordernis und verfahrensrechtliche Regeln

Generell erfordert eine Betriebsvereinbarung für ihr wirksames Zustandekommen freiwillige korrespondierende Willenserklärungen von Arbeitgeber und Betriebsrat. Dies gilt somit auch speziell für die in der vorliegenden Untersuchung relevante Betriebsvereinbarung, die einen Anspruch auf über-

¹⁸⁵ Schaub, ArbR, S. 1868.

¹⁸⁶ So GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 32; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 23.

¹⁸⁷ Siehe Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 14; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 6; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 26.

¹⁸⁸ So Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 125.

¹⁸⁹ V. Hoyningen-Huene, BetrVerfR, S. 211.

tarifliche Bezahlung in Form von Geldzulagen begründen soll. Das Gesetz sieht für eine Betriebsvereinbarung generell die Schriftform vor (§ 77 Abs. 2 S. 1 und 2 BetrVG). Die Anforderungen an die Schriftform ergeben sich aus §§ 126 ff. BGB. Da das Betriebsverfassungsrecht ein Teil des Zivilrechts ist, sind die oben genannten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Betriebsverfassungsgesetz anwendbar.¹⁹⁰ Dies gebietet die Einheit der Rechtsordnung.

Weitere Voraussetzung für das wirksame Zustandekommen einer Betriebsvereinbarung ist die Einhaltung der maßgeblichen verfahrensrechtlichen Regeln, wie zum Beispiel die Beschlußfassung durch einen ordnungsgemäß gewählten Betriebsrat.¹⁹¹

b) Bindung an zwingendes staatliches Recht

Der Betriebsautonomie von Arbeitgeber und Betriebsrat werden inhaltliche Grenzen durch das gesamte zwingende staatliche Recht (Gesetz, Verordnung und Satzungsrecht, beispielsweise der Berufsgenossenschaften in Form von Unfallverhütungsvorschriften) gezogen. Dabei sind neben § 134 BGB (zwingende Normen als Verbotsgesetze) und § 138 BGB (Verstoß gegen die guten Sitten) vor allem auch die Wertmaßstäbe zu beachten und die Grundsätze einzuhalten, die das BetrVG in § 2 Abs. 1 und § 75 der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat setzt.¹⁹²

So haben Arbeitgeber und Betriebsrat speziell bei der Regelungsmaterie der übertariflichen Geldzulagen insbesondere den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten,¹⁹³ wobei dem Betriebsrat hinsichtlich der Gleichbehandlung nach § 70 Abs. 1 Nr. 2 und § 75 Abs. 1 BetrVG eine Rechtskontrolle zusteht. Verstößt die in Form einer Betriebsvereinbarung abgeschlossene betriebliche Geldzulagenregelung gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, liegt nach herrschender Ansicht insoweit ein Verstoß gegen das Verbotsgesetz des § 75 Abs. 1 BetrVG im Sinne des § 134 BGB vor, der zur Nichtigkeit dieser betrieblichen Einigung führt.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Ramrath, DB 1990, S. 2593, 2600; Schukai/Ramrath, Anm. zu BAG, SAE 1989, S. 182, 184; Wiese, NZA 1990, S. 793, 796.

¹⁹¹ Vgl. Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 4.

¹⁹² Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 10; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rnn. 48 f.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 63; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 76; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rnn. 67 f.; Schaub, ArbR, S. 1870; Weber/Ehrichs/Hörchens, BetrVerfR, S. 453.

¹⁹³ Siehe hierzu Teil 2. E.

¹⁹⁴ Vgl. sinngem. BAG, EzA Nrn. 56, 65, 70, 73, 78, 80, 82, 83, 86 und 93 zu § 112 BetrVG 1972; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 75 Rn. 42; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 75 Rn. 37; MünchArbR-Bd. 3, v. Hoyningen-Huene, § 293 Rn. 86; ders., DB 1984, Beil. Nr. 1, S. 1, 3.

3. Zustandekommen durch einen Spruch der Einigungsstelle

Neben dem freiwilligen Vertragsschluß zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat kann eine Betriebsvereinbarung aber auch durch einen Spruch der Einigungsstelle zustande kommen (§ 76 Abs. 5 und 6 BetrVG), wenn zwischen den Betriebspartnern hinsichtlich der zu regelnden Materie Meinungsverschiedenheiten bestehen. Ein die Einigung ersetzender Spruch der Einigungsstelle hat aber nur dann die Wirkung einer Betriebsvereinbarung, wenn ein Fall der sogenannten erzwingbaren Mitbestimmung vorliegt oder sich beide Betriebsparteien ihm im voraus unterwerfen.

4. Gegenstand und Regelungssperre des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG

Die Regelung übertariflicher Geldzulagen in einer anspruchsbegründenden Betriebsvereinbarung muß in den funktionellen Zuständigkeitsbereich von Arbeitgeber und Betriebsrat fallen. Dies ist nicht der Fall, wenn bereits eine tarifvertragliche Regelung existiert oder diese Materie üblicherweise einer tariflichen Regelung immanent ist (§ 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG). Die in dieser gesetzlichen Vorschrift manifestierte Regelungssperre erfaßt Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen. Primär dient die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG dem Zweck, eine leistungsfähige und attraktiv aktualisierte Tarifautonomie zu gewährleisten.¹⁹⁵ Hinsichtlich der Arbeitsentgelte und Arbeitsbedingungen wird den Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden daher eine weitgehende Monopolstellung eingeräumt.¹⁹⁶

a) Arbeitsentgelt

Für die Annahme einer funktionellen Zuständigkeit von Arbeitgeber und Betriebsrat, übertarifliche Geldzulagenzahlungen in einer Betriebsvereinbarung zu regeln, ist zunächst Voraussetzung, daß es sich bei diesen Zulagen um „Arbeitsentgelt“ im Sinne des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG handelt. Auf dem Gebiet des Arbeitsrechts haben sich der „enge“ und der „weite“ Arbeitsentgeltbegriff entwickelt.

¹⁹⁵ So die h. M., vgl. z.B. BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 unter C. I. 1. der Gründe; AP Nr. 42 zu § 99 BetrVG 1972 unter B. III. 4. a) der Gründe; AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. 2. b) der Gründe; AP Nr. 13 zu § 118 BetrVG 1972 unter B. II. 1. der Gründe; AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972 unter B. II. 4. a) der Gründe; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 61; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 66; Richardi, BetrVG, Rn. 228; ders., Betriebsverfassung und Betriebsautonomie, S. 16 ff.; ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972, Bl. 8, 11; Moll, Tarifvorrang, S. 37; Schaub, ArbR, S. 1683 und 1872 f.; Haug, BB 1986, S. 1921, 1922; v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, S. 793, 794.

¹⁹⁶ Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 62; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rnn. 127 f.; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 4 Rn. 289.

aa) Arbeitsentgelt im engen Sinne

Unter Arbeitsentgelt im engen Sinne ist das eigentliche Arbeitsentgelt als Gegenleistung für geleistete Arbeit, somit der Stunden-, Wochen- oder Monatslohn des Arbeiters oder das Gehalt des Angestellten zu verstehen.¹⁹⁷ Nach dieser Definition sind übertarifliche Geldzulagen als Arbeitsentgelt im Sinne des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG zu qualifizieren, da sie zu einer Erhöhung des tariflich oder arbeitsvertraglich geregelten Grundentgelts für die zu leistende Arbeit führen.

bb) Arbeitsentgelt im weiten Sinne

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der herrschenden Meinung im Schrifttum wird der Begriff des Arbeitsentgelts jedoch nicht nur an das Austauschverhältnis von Arbeitsleistung und Entgelt im engen Sinne geknüpft, sondern vielmehr an alle Formen von Vergütung aus Anlaß eines Arbeitsverhältnisses. Das Arbeitsentgelt wird also in einem weiten Sinne verstanden.¹⁹⁸ Dazu zählen auch betriebliche Sozialleistungen, wie zum Beispiel: unentgeltlicher Werksverkehr¹⁹⁹, Gewährung von Mietzuschüssen²⁰⁰ oder die Abgabe verbilligter Flugscheine²⁰¹. Auch nach dem weiten Arbeitsentgeltbegriff, welcher den engen nur ergänzt, sind übertarifliche Geldzulagen als Arbeitsentgelt im Sinne des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG zu charakterisieren.

b) Regelung durch Tarifvertrag

Arbeitsbedingungen oder Arbeitsentgelte sind durch Tarifvertrag geregelt, wenn ein Tarifvertrag über die betreffende Materie abgeschlossen worden ist und der Betrieb mit den dort beschäftigten Arbeitnehmern in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und zeitlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertra-

¹⁹⁷ Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 87 Rn. 458; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 333 Rn. 9.

¹⁹⁸ Vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung unter II. B. 1. bis 4. der Gründe; AP Nrn. 2, 3 und 4 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; AP Nr. 22 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. 2. a) und b) der Gründe; siehe auch die ausführliche Rechtsprechungsübersicht bei Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 87 Rnn. 405 ff.; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 63; GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 821 bis 827; Jahnke, ZfA 1980, S. 863, 866 m.w.N.; Matthes, NZA 1987, S. 289; Trittin, AiB 1989, S. 9.

¹⁹⁹ Vgl. BAG, AP Nr. 16 zu § 75 BPersVG.

²⁰⁰ Vgl. BAG, AP Nr. 22 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. 2. b) der Gründe; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 87 Rn. 408, mit weiteren Beispielen.

²⁰¹ Vgl. BAG, AP Nr. 18 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. der Gründe.

ges fällt.²⁰² Die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG schließt somit eine Betriebsvereinbarung zwischen den Betriebsparteien hinsichtlich der Zahlung von übertariflichen Geldzulagen an die Arbeitnehmer in den Fällen aus, in denen diese Zulagen bereits abschließend durch Tarifvertrag geregelt sind.

Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts war zunächst der Ansicht, daß das Arbeitsentgelt insgesamt dem Gegenstand nach tariflich geregelt sei.²⁰³ Zu dem tariflich geregelten Mindestarbeitsentgelt für die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zählten danach auch übertarifliche Zulagen, die vom Arbeitgeber freiwillig gewährt würden. Seien diese einmal zugesagt, so müßten sie zu zahlen sein, wenn auf die tarifliche Mindestvergütung ein Anspruch bestehe.²⁰⁴ Nur etwa zwei Jahre später verwarf der Erste Senat in einer Grundsatzentscheidung, in der es um übertarifliche Geldzulagenzahlungen im Bereich des Buchhandels ging, seine Rechtsprechung.²⁰⁵ Intention der Entscheidung war, daß weder diese übertariflichen Geldzulagen noch übertarifliche Zulagen allgemein, tariflich oder üblicherweise tariflich geregelt würden.²⁰⁶ Das Bundesarbeitsgericht begründete seine Ansicht damit, daß tarifliche Entgeltregelungen nur Mindestbedingungen setzten, dadurch aber übertarifliche Zulagen nicht abschließend und zwingend geregelt würden. Insoweit verbliebe bezüglich dieser Zulagen noch Regelungsspielraum. Übertarifliche Zulagen seien somit nicht tariflich geregelt. Diese Rechtsprechung wurde in neuerer Zeit durch eine Grundsatzentscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 3.12.1991 bestätigt.²⁰⁷

Auch der überwiegende Teil der Rechtslehre steht auf dem Standpunkt, daß allein die Tatsache, daß der Lohn einer tarifvertraglichen Regelung unterliegt, nicht bedeute, daß sich die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG deshalb auf Prämien und Zulagen für zusätzliche Leistungen oder für Leistungen mit anderen tatbestandlichen Voraussetzungen, zum Beispiel auf

²⁰² Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 42 zu § 99 BetrVG 1972; Richardi, BetrVG, § 77 Rnn. 241 ff.; Moll, Tarifvorrang, S. 40; v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, S. 793, 795.

²⁰³ Vgl. BAG, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang.

²⁰⁴ So BAG, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang unter B. III. 2. der Gründe; noch heute vertreten diese Ansicht Stege/Rinke, DB 1991, S. 2386 ff.

²⁰⁵ Dazu BAG, AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang.

²⁰⁶ Hierzu BAG, AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang.

²⁰⁷ Siehe BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter C. I. und II. der Gründe; vgl. auch AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972.

Schmutz- und Erschwerniszulagen, Funktionszulagen, Gratifikationen aus besonderem Anlaß oder Zusatzurlaub bei längerer Betriebszugehörigkeit erstrecke.²⁰⁸

Der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts und des überwiegenden Teils der Rechtslehre, daß übertarifliche Geldzulagen tariflich nicht geregelt seien, ist zu folgen. Schon allein der Begriff „übertarifliche Geldzulagen“ besagt im Grunde schon, daß diese Zulagen gerade nicht tariflich geregelt sind. Tariflich geregelt ist nur die Grundvergütung der von der Zulagenregelung betroffenen Arbeitnehmer, die an tariflich normierte Mindestbedingungen anknüpft und demnach nur das Entgelt für die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung in Form des Zeitlohnes beinhaltet.

c) Tarifübliche Regelung

Arbeitsentgelte und bestimmte Arbeitsbedingungen werden dann üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt, wenn sie (ohne zum bestehenden Zeitpunkt durch Tarifvertrag geregelt zu sein) bereits einmal durch Tarifvertrag geregelt waren und anzunehmen ist, daß sie auch künftig wieder tariflich geregelt werden.²⁰⁹ Diese Definition der Tarifüblichkeit im Sinne des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG ist sehr abstrakt und daher weit auszulegen.²¹⁰ Hinsichtlich der in dieser Untersuchung relevanten übertariflichen Geldzulagen kann aber auf eine detaillierte Begriffsbestimmung der Tarifüblichkeit verzichtet werden, da diese Zulagen, wie festgestellt, gerade keiner tarifvertraglichen Regelung und somit auch keiner tarifüblichen Regelung unterliegen.

Die arbeitgeberseitige Verpflichtung, übertarifliche Geldzulagen an die gesamte oder an Teile der Belegschaft zu zahlen, kann somit in einer Betriebsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat begründet werden und unterliegt insofern nicht der Regelungssperre des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG.

²⁰⁸ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter C. I. und II. der Gründe; AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972; AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 64; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 78; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 77; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 93; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 266; Nikisch, ArbR-Bd. III, S. 385.

²⁰⁹ Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 71; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 96; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 146.

²¹⁰ So BAG, AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG 1953 Betriebsvereinbarung unter 4. der Gründe; zur Begriffsbestimmung siehe Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rnn. 71 f.; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rnn. 95 bis 102.

d) Geltungsbereich

Eine Betriebsvereinbarung gilt räumlich für den Betrieb, für den sie abgeschlossen worden ist. Der personale Geltungsbereich betrifft die zum Zeitpunkt des Abschlusses aktiven, aber auch die erst nachträglich eingetretenen Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 BetrVG.²¹¹ Im Gegensatz zu Tarifverträgen gelten Betriebsvereinbarungen für alle Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 BetrVG, unabhängig von einer etwaigen Gewerkschaftszugehörigkeit. Sie gelten aber nicht für den in § 5 Abs. 2 und 3 BetrVG genannten Personenkreis, wie zum Beispiel für die leitenden Angestellten (§ 5 Abs. 3 BetrVG).²¹²

5. Folgerungen

Liegen die Voraussetzungen für den Abschluß einer Betriebsvereinbarung bezüglich der Gewährung übertariflicher Geldzulagen an die Arbeitnehmer vor, erwächst aufgrund dieser Betriebsvereinbarung den davon betroffenen Arbeitnehmern ein eigenständiger Anspruch auf die Zahlung solcher Zulagen gegenüber ihrem Arbeitgeber.

III. Die Gewährung durch Regelungsabrede

Durch die sogenannte Regelungsabrede (auch Betriebsabsprache, Betriebsabrede oder formlose betriebliche Einigung genannt) kann ein eigenständiger Anspruch der Arbeitnehmer auf die Zahlung übertariflicher Geldzulagen gegenüber dem Arbeitgeber nicht begründet werden.

1. Begriff und Wirkung

Das Betriebsverfassungsgesetz trifft über die Regelungsabrede keine nähere Regelung. Die Systematik des Gesetzes läßt aber erkennen, daß nicht jede „Einigung“ der Betriebspartner eine Betriebsvereinbarung im Sinne des § 77 Abs. 2 bis 6 BetrVG ist. In § 77 Abs. 1 und 2 BetrVG wird nämlich zwischen bloßen Vereinbarungen und Betriebsvereinbarungen unterschieden. Während es sich bei der Betriebsvereinbarung um einen kollektiven Normenvertrag handelt, stellt die Regelungsabrede einen formlosen Vertrag im Sinne der Annahme-Angebot-Mechanik der §§ 145 ff. BGB zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat dar, der lediglich diese beiden Betriebsparteien entsprechend der getroffenen Vereinbarung berechtigt und verpflichtet.²¹³ Die Regelungsabrede

²¹¹ Hess/Schlochauer/Glaubit, BetrVG, § 77 Rnn. 9 bis 14.

²¹² So BAG, AP Nr. 8 zu § 112 BetrVG 1972; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rnn. 33 f.; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 148; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 69.

²¹³ GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rnn. 9 f.; Richardi, BetrVG, § 77 Rnn. 208 f. m.w.N.; Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. II/2, S. 1306.

hat keine unmittelbare Wirkung auf das Einzelarbeitsverhältnis, insbesondere entfaltet sie keine normative Wirkung.²¹⁴ Sie stellt sich auch regelmäßig nicht als Vertrag zugunsten Dritter, der Arbeitnehmer, dar, durch den diese, dem Arbeitgeber gegenüber, unmittelbar berechtigt würden. Wirkungen für das Einzelarbeitsverhältnis erlangt die Regelungsabrede erst dadurch, daß der Arbeitgeber die mit dem Betriebsrat vereinbarte Regelung mit individualrechtlichen Mitteln in das Einzelarbeitsverhältnis umsetzt, sei es, daß er von einem Bestimmungsrecht Gebrauch macht, sei es, daß er mit den Arbeitnehmern entsprechende vertragliche Vereinbarungen trifft.²¹⁵

2. Zustandekommen

Eine Regelungsabrede kommt, wie bereits erwähnt, durch übereinstimmende Willenserklärungen von Arbeitgeber und Betriebsrat im Sinne der §§ 145 ff. BGB zustande (Vertragsprinzip). Der Abschluß einer entsprechenden Vereinbarung setzt einen ordnungsgemäß zuvor zustandegekommenen Beschluß des Betriebsrates voraus (vergleiche § 33 BetrVG). Aus diesem Grunde ist die erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zu einer Regelungsabrede durch „schlüssiges“ Verhalten grundsätzlich nicht möglich.²¹⁶

3. Gegenstand und Regelungssperre des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG

Gegenstand einer Regelungsabrede kann jede Regelung sein, die auch Inhalt einer Betriebsvereinbarung sein könnte. Da die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG sich nach dem Gesetzeswortlaut nur auf Betriebsvereinbarungen, jedoch nicht auf andere Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bezieht, ist zweifelhaft, ob bei tariflicher oder tarifüblicher Regelung Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen Gegenstand formloser Betriebsabsprachen wie der Regelungsabrede sein können. Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung und der eine Teil der Rechtslehre beziehen die Sperrwir-

²¹⁴ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 4 zu § 615 BGB Kurzarbeit unter IV. 3. der Gründe; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 79; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 101; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 18; Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 38; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 212; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 90; Schaub, ArbR, S. 1882.

²¹⁵ Siehe Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 79; a.A. GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 12.

²¹⁶ LAG Frankfurt, DB 1984, S. 882, 883; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 184; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 103; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 211; ders., Kollektivgewalt, S. 285 f.; Nikisch, ArbR-Bd. III, S. 372; Adomeit, RdA 1963, S. 263, 265; a.A. BAG, AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG 1952 Arbeitszeit; Blomeyer, BB 1969, S. 101; wohl auch Heinze, NZA 1994, S. 580, 583 f.

kung des § 77 Abs. 3 BetrVG ausschließlich auf Betriebsvereinbarungen.²¹⁷ So ist beispielsweise *Waltermann* der Ansicht, § 77 Abs. 3 BetrVG erfasse nach seinem klaren Wortlaut, aber auch nach seinem Sinn nur das Regeln mit dem Instrument der Betriebsvereinbarung. Insbesondere bei Tarifüblichkeit könnten die Betriebsparteien eine Regelung formlos durch Regelungsabrede treffen, ohne hierdurch die Tarifautonomie zu verletzen, da die Regelungsabrede aus sich heraus keine betriebliche Gestaltung bewirke.²¹⁸ Der andere Teil der Rechtslehre bezieht die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG auch auf die Regelungsabrede.²¹⁹ *Richardi* beispielsweise ist der Auffassung, die Sperrwirkung dieser Norm nicht auf die normative Gestaltung durch Betriebsvereinbarung zu beschränken, sondern sie auf die Gestaltungsbefugnis der Betriebspartner zu beziehen, da der Zweck des § 77 Abs. 3 BetrVG die Sicherung der Tarifautonomie vor einer konkurrierenden Regelungskompetenz auf betrieblicher Ebene sei. Für das maßgebliche Konkurrenzverhältnis zwischen den Tarifvertragsparteien und den Betriebspartnern sei es unerheblich, daß die formlose Betriebsabsprache keine normative Wirkung auf die Arbeitsverhältnisse entfalte, entscheidend sei allein, daß auch sie eine kollektive Vereinbarung auf betrieblicher Ebene sei, die den Arbeitgeber binde.²²⁰

Der Meinungsstreit hinsichtlich der Frage, ob auch eine Regelungsabrede zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat von der Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG erfaßt wird, muß hier nicht entschieden werden. Selbst dann, wenn man die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auch auf eine übertarifliche Geldzulagen regelnde Regelungsabrede beziehen würde, könnten Arbeitgeber und Betriebsrat eine solche abschließen, da übertarifliche Geldzulagen weder durch Tarifvertrag noch üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt werden.²²¹ Da, wie festgestellt, die Zusage übertariflicher Geldzulagen an die Arbeitnehmer Regelungsgegenstand einer Betriebsvereinbarung sein kann, gilt dies auch für eine Regelungsabrede.

²¹⁷ Siehe z.B. ArbG Marburg, NZA 1996, S. 1331, 1335; S. 1337, 1339; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rnn. 89 ff.; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 114; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 4 Rn. 295; Moll, Tarifvorrang, S. 54 ff.; Waltermann, Rechtsetzung, S. 269 ff.; ders., RdA 1996, S. 129, 132; Haug, BB 1986, S. 1921, 1929; Heinze, NZA 1995, S. 5; Wank, RdA 1991, S. 129, 133; Wiese, 25 Jahre BAG, S. 661, 664.

²¹⁸ Waltermann, RdA 1996, S. 129, 132.

²¹⁹ Siehe z.B. Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 78; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 91; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 277; Weiss/Weyand, BetrVG, § 77 Rn. 36; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 318 Rn. 71; Hanau, RdA 1973, S. 281, 285; ders., BB 1977, S. 350.

²²⁰ Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 277.

²²¹ Siehe hierzu Teil 2: B. II. 4. b) und c).

4. Folgerungen

Sofern die Voraussetzungen für die Entstehung einer Regelungsabrede im Sinne des § 77 Abs. 1 S. 1 BetrVG erfüllt sind, wird auf diesem Wege noch kein Anspruch der davon betroffenen Arbeitnehmer auf übertarifliche Geldzulagen begründet. Die Regelungsabrede bewirkt aber, falls die vereinbarte Regelung mit individualrechtlichen Mitteln vom Arbeitgeber in die einzelnen Arbeitsverhältnisse umgesetzt wird, daß den Arbeitnehmern ein arbeitsvertraglicher Individualanspruch auf diese Zulagen erwächst, ohne daß dem der Einwand mangelnder Beteiligung des Betriebsrates entgegengesetzt werden könnte.

C. Die Regelung des Schicksals übertariflicher Geldzulagen durch tarifvertragliche Effektivklauseln im Fall einer Tariflohnerhöhung

Im Falle von Tariflohnerhöhungen stellt sich oftmals die Frage, ob übertarifliche Geldzulagen auf den jeweiligen Tariflohn aufgestockt oder mit dem neuen Tariflohn verrechnet werden sollen. Ob diese Zulagen „tariffest“ sind oder von einem neuen Tarifvertrag „aufgesogen“ werden können, hängt allein vom Willen der Einzelvertragsparteien ab. Eine ausdrückliche Regelung diesbezüglich wird zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der Regel fehlen, so daß nur der Vertragsauslegung entnommen werden kann, ob einzelvertraglich gewährte übertarifliche Geldzulagen tarifbeständig sind. Aber auch durch Vertragsauslegung ist es oft schwer, den eigentlichen Willen der Arbeitsvertragsparteien zu ermitteln. So kann zum Beispiel ein Arbeitgeber, der jahrelang darauf verzichtet hat, übertarifliche Lohnbestandteile auf Tariflohnerhöhungen anzurechnen, bei einer erneuten Tariflohnerhöhung eine solche Anrechnung vornehmen.²²² Allzu leicht kann hierdurch Streit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer entstehen. Um Streitigkeiten dieser oder ähnlicher Art vorzubeugen und Zweifelsfragen zu regeln, vereinbarten früher die Tarifvertragsparteien oftmals sogenannte Effektivklauseln. In diesen Klauseln regelten sie das Schicksal übertariflicher Geldzulagen nach einer Tariflohnerhöhung. Die Gewerkschaften verfolgten durch den Abschluß solcher tariflicher Klauseln das Ziel, übertarifliche Geldzulagen auf den neuen Tariflohn aufzustocken. Bei den Effektivklauseln ist zwischen der Effektivgarantieklausel und der beschränkten Effektivklausel zu unterscheiden.

I. Effektivgarantieklausel

Durch die Effektivgarantieklausel wurde versucht, eine tarifliche Garantie des gesamten, um die Tariflohnerhöhung vermehrten Effektivlohnes, zu bewirken. Durch diese Klausel sollte verhindert werden, daß die bisher auf arbeitsvertraglicher Grundlage gewährten übertariflichen Geldzulagen dem Ar-

²²² Söllner, ArbR, S. 127 f.

beitnehmer mit Mitteln des Arbeitsvertragsrechts (vertragliche Vereinbarung oder Änderungskündigung) wieder entzogen werden konnten. Hierfür fehlt aber nach herrschender Ansicht den Tarifvertragsparteien die Rechtsgrundlage. Aus diesem Grund wird die Effektivgarantieklausel seit langem als unzulässig angesehen.²²³

II. Beschränkte Effektivklausel

Im Gegensatz zur Effektivgarantieklausel soll die beschränkte Effektivklausel zwar die Aufstockung der übertariflichen Geldzulagen auf den „neuen“ Tariflohn bewirken, aber nicht die gesamte, aufgrund der Aufstockung zu zahlende Summe, als (zwingenden) Tariflohn garantieren. Dem Arbeitgeber verbleibt vielmehr die Möglichkeit, durch einzelvertragliche Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer, gegebenenfalls durch eine Änderungskündigung, die aufgestockte Gesamtsumme bis auf das tarifliche Niveau abzusenken. Die Wirksamkeit beschränkter Effektivklauseln ist Gegenstand zahlreicher kontroverser Darstellungen gewesen.²²⁴ Das Bundesarbeitsgericht und der überwiegende Teil im Schrifttum hielten diese Klauseln anfänglich für zulässig.²²⁵ In späteren Entscheidungen hat das Bundesarbeitsgericht die beschränkten Effektivklauseln mit verschiedenen Begründungen aber für unwirksam erklärt.²²⁶ Es sieht in den beschränkten Klauseln Verstöße gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), und gegen den Grundsatz, daß die im Verhältnis zum Tarifvertrag günstigeren Arbeitsbedingungen der freien Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien unterliegen und kollektiver Regelungen nicht zugänglich seien. Zudem wird ein Verstoß gegen das Schriftformgebot des § 1 Abs. 2 TVG angenommen, da die Löhne betragsmäßig nicht mehr dem Text des Tarifvertrages zu entnehmen sind.²²⁷ Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum auf Zustimmung, größtenteils jedoch auf Ablehnung

²²³ Seit BAG, AP Nr. 2 zu § 4 TVG Effektivklausel; vgl. auch BAG, AP Nr. 12 zu § 4 TVG Ordnungsprinzip; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 4 Rn. 266; Hueck/Nipperdey/Stahlhacke, TVG, § 1 Rn. 176; Nikisch, ArbR-Bd. II, S. 452 f.; Söllner, ArbR, S. 128; Joost, JuS 1989, S. 274, 278; Richardi, NZA 1992, S. 961, 964.

²²⁴ Vgl. Etzel, ArbuR 1969, S. 257 ff.; Frey, RdA 1960, S. 291 ff.; A. Hueck, BB 1954, S. 776 ff.; Kunze, ArbuR 1969, S. 225 ff.; Rehhahn, ArbuR 1956, S. 289 ff.; Rumpff, BB 1968, S. 1161 ff.; Stahlhacke, RdA 1957, S. 446 ff.; ders., RdA 1962, S. 223 ff.; ders., DB 1969, S. 791 ff.; Wiedemann, GS für R. Dietz, S. 361 ff.

²²⁵ BAG, AP Nrn. 1, 2 und 5 zu § 4 TVG Effektivklausel; Hueck/Nipperdey/Stahlhacke, TVG, § 1 Rn. 177 m.w.N.

²²⁶ BAG, AP Nrn. 7, 8, 9 und 15 zu § 4 TVG Effektivklausel; a.A. als das BAG ist das LAG Hamburg, ArbuR 1991, S. 120.

²²⁷ Vgl. BAG, AP Nrn. 7, 8, 9 und 15 zu § 4 TVG Effektivklausel; zur Darstellung der Rspr. siehe Neumann, ArbRdG 1990, Nr. 27, S. 41 f.

gestoßen.²²⁸ Auf eine Problemdarstellung hinsichtlich der Zulässigkeit von beschränkten Effektivklauseln kann und muß an dieser Stelle (auch wegen des Umfangs dieser Problematik) verzichtet werden.²²⁹ Es sollte nur die Möglichkeit verdeutlicht werden (falls man beschränkte Effektivklauseln für zulässig hält), das Schicksal übertariflicher Geldzulagen nach einer Tariflohnerhöhung in diesen tariflichen Klauseln zu regeln. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, daß die Rechtsprechung, welche die beschränkten Effektivklauseln für unwirksam erachtet, sich mehr und mehr zurückhält, Tarifbestimmungen als Effektivklauseln zu werten.²³⁰

D. Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Gewährung übertariflicher Geldzulagen gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

I. Vorbemerkung

Im Betriebsverfassungsrecht sollen auf der Grundlage des Demokratieprinzips diejenigen, die von einer Entscheidung betroffen sind, am Entscheidungsprozeß durch Information und gegebenenfalls durch eine Mitwirkungsmöglichkeit beteiligt werden.²³¹ Die Interessenwahrnehmung erfolgt durch den Betriebsrat im Wege der Ausübung seiner Beteiligungsrechte. Bei diesen ist zwischen Informations-, Mitwirkungs- sowie Mitbestimmungsrechten zu unterscheiden, wobei die Mitwirkungsrechte entweder als Anhörungs- oder als Beratungsrechte ausgestaltet sind. Die stärkste Form der Beteiligung stellen die Mitbestimmungsrechte dar. Sie räumen dem Betriebsrat ein paritätisches Mitgestaltungsbeziehungsweise Mitbeurteilungsrecht ein.²³²

Möchte ein Arbeitgeber den Arbeitnehmern in seinem Unternehmen übertarifliche Geldzulagen durch eine Vielzahl von Individualarbeitsverträgen, Allgemeinen Arbeitsbedingungen oder einer Betriebsvereinbarung gewähren, kommt bei jeder dieser Maßnahmen ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG in Betracht.²³³

²²⁸ Gegen die Zulässigkeit beschränkter Effektivklauseln haben sich ausgesprochen: Richardi, Kollektivgewalt, S. 406 und 412 ff.; ders., JZ 1968, S. 746 ff.; ders., DB 1969, S. 1986 ff.; Etzel, ArbuR 1969, S. 257 ff.; Tomandl, ZAS 1969, S. 41 ff.; für die Möglichkeit beschränkter Effektivklauseln haben sich entschieden: etwas einschränkend Söllner, ArbR, S. 128; Böttcher, RdA 1968, S. 418 ff.; Stahlhacke, DB 1969, S. 791 ff.; vgl. im übrigen die Schrifttumübersicht bei Lieb, ZfA 1970, S. 200 bis 204.

²²⁹ Ausführlich zum Streitstand in Rechtsprechung und Rechtslehre hinsichtlich der Zulässigkeit von begrenzten Effektivklauseln siehe Kempen/Zachert, TVG, § 4 Rnn. 217 ff.

²³⁰ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 16 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung; LAG, Rheinland-Pfalz, NZA 1987, S. 317 und 393 f.

²³¹ V. Hoyningen-Huene, BetrVerfR, S. 3 f.

²³² Richardi, BetrVG, Vorbem. z. 4. Teil. Rn. 21.

²³³ Vorausgesetzt wird, daß in den betreffenden Unternehmen ein Betriebsrat besteht.

II. Voraussetzungen für ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

1. Betriebliche Lohngestaltung als Gegenstand der Mitbestimmung

In § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG wird dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei allgemeinen Fragen der betrieblichen Lohngestaltung eingeräumt, wobei als Teile dieser Lohngestaltung die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen sowie die Einführung, Anwendung und Änderung von Entlohnungsmethoden gelten.

Zunächst ist also zu prüfen, ob durch die Gewährung von übertariflichen Geldzulagen allgemeine Fragen der betrieblichen Lohngestaltung betroffen werden.

a) Lohnbegriff

Das Betriebsverfassungsgesetz regelt in § 87 Abs. 1 Nr. 10 Entgeltfragen, ohne jedoch zu definieren, was man unter den hier verwendeten Begriffen „Arbeitsentgelt“, „Lohn“, „Entlohnung“ und „allgemeine Zuwendung“ des Arbeitgebers zu verstehen hat. Da der Begriff „Entgelt“ dieser Vorschrift sehr allgemein gehalten ist, bleibt zunächst zu klären, ob übertarifliche Geldzulagen überhaupt Gegenstand des Tatbestandes im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG sind. Für diese Frage sind der bereits behandelte enge und weite Arbeitsentgeltbegriff heranzuziehen.²³⁴ Da übertarifliche Geldzulagen zu einer Erhöhung des tariflich oder arbeitsvertraglich geregelten Grundentgelts des Arbeitnehmers für dessen zu leistende Arbeit führen, sind sie nach beiden Definitionen als Lohn im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu charakterisieren.

b) Begriff der betrieblichen Lohngestaltung

Die betriebliche Lohngestaltung umfaßt die Festlegung kollektiver, abstrakter Regelungen, nach denen die Entlohnung im Betrieb vorgenommen werden soll. Es geht hierbei um die Struktur des Lohnes und dessen Vollziehungsformen.²³⁵ Gegenstand der Mitbestimmung des Betriebsrates sind somit die Grundlagen der betrieblichen Lohnfindung durch normative Festlegung der für die jeweilige Lohnform maßgebenden Gesichtspunkte.²³⁶ Dagegen wird nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum die Höhe des

²³⁴ Siehe dazu Teil 2: B. II. 4. a) aa) und bb).

²³⁵ Siehe hierzu z.B. BAG, AP Nrn. 2, 3, 7, 14, 15 und 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 87 Rnn. 416 ff.; GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rn. 814; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 333 Rnn. 2 ff.

²³⁶ Richardi, BetrVG, § 87 Rnn. 813 und 832 ff.

Arbeitsentgeltes selbst vom Mitbestimmungsrecht nicht umfaßt. Der Betriebsrat soll keine Lohnpolitik in dem Sinne betreiben können, daß er über die Höhe der Lohnkosten mitbestimmt.²³⁷

Da die Zahlung übertariflicher Geldzulagen eine Ergänzung zum tariflichen Arbeitsentgelt ist, wird insofern die Struktur des Lohnes verändert, als sich das Effektivgehalt des einzelnen Arbeitnehmers nunmehr aus verschiedenen Entgeltbestandteilen zusammensetzt.²³⁸ Es handelt sich folglich um eine neue Entlohnungsmethode des Arbeitgebers, welche die betriebliche Lohngestaltung tangiert.²³⁹

c) Zweck und Inhalt des Mitbestimmungsrechtes bei der betrieblichen Lohngestaltung

Der Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechtes bei der betrieblichen Lohngestaltung besteht im Schutz des Arbeitnehmers vor einer einseitig an den Interessen des Unternehmens orientierten oder willkürlichen Lohngestaltung des Arbeitgebers.²⁴⁰ Ziel des Mitbestimmungsrechtes ist es, die Angemessenheit und Durchsichtigkeit des innerbetrieblichen Lohngefüges zu gewährleisten.²⁴¹ Maßgeblicher Gesichtspunkt ist hierbei die abstrakte Lohngerechtigkeit, das heißt, daß für alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer eine „gerechte“ Lohnverteilung angestrebt wird. In diesem Zusammenhang versteht man die Lohngerechtigkeit nicht als den gerechten Lohn für eine bestimmte

²³⁷ Vgl. BAG, AP Nrn. 1 und 2 zu § 87 BetrVG 1972 Provision; AP Nrn. 2, 3, 7, 14, 15 und 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; AP Nr. 31 zu § 80 BetrVG 1972; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Klebe, § 87 Rn. 241; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 87 Rn. 433; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 87 Rn. 226; GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 808 ff.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 87 Rn. 474; Richardi, BetrVG, § 87 Rn. 832; Moll, Die Mitbestimmung, S. 157 ff., vgl. auch 190 ff.; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 333 Rn. 4; Zöllner/Loritz, ArbR, S. 564; Goos, NZA 1986, S. 701; Gumpert, BB 1976, S. 605, 610; Hanau, BB 1972, S. 499; ders., BB 1976, S. 91, 92 und 96; Heinze, NZA 1986, S. 1, 4 f.; Matthes, NZA 1987, S. 289 f.; Säcker, BB 1979, S. 1201, 1203; Weigel, BB 1974, S. 1583, 1585 f.

²³⁸ Siehe dazu in Teil 2: A. I. 3. die verschiedenen Regelungsmodelle hinsichtlich übertariflicher Geldzulagen.

²³⁹ Zur Änderung der betrieblichen Lohngestaltung vgl. GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 812 ff.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 87 Rnn. 478 ff. und 484 ff.; Richardi, BetrVG, § 87 Rnn. 824 ff.; Matthes, NZA 1987, S. 289, 293.

²⁴⁰ Siehe z.B. Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Klebe, § 87 Rn. 241; GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rn. 805.

²⁴¹ Vgl. BAG, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. 2. c) der Gründe; AP Nr. 31 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter III. b) der Gründe; AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter C. III. 1. a) der Gründe; AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang unter B. II. 2. der Gründe; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 333 Rn. 3; Goos, NZA 1986, S. 701; Jahnke, ZfA 1980, S. 863; Schirge/Trittin, AiB 1990, S. 227, 230.

Arbeit, sondern sie vermittelt vielmehr das einsehbare und angemessene Verhältnis der einzelnen Lohnleistungen zueinander.²⁴² Die Mitbestimmung des Betriebsrates soll also dazu dienen, die Grundlagen der Entgeltfindung angemessen, nachvollziehbar und schlüssig zu gestalten.

2. Kollektive Regelung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der herrschenden Meinung im Schrifttum besteht für den Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nur in dem Fall, in dem es um die Festlegung kollektiver Regelungen geht, wobei sich die Reichweite dieser Vorschrift aus dem Kontext der beispielhaft genannten Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen, der Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung schließen läßt.²⁴³ Die Gewährung von übertariflichen Geldzulagen müßte demnach eine kollektive Regelung betrieblicher Lohngestaltung darstellen, wenn sie der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegen soll. Die grundlegende Frage, wann eine solche kollektive Regelung vorliegt, ist in der Rechtsprechung und dem Schrifttum schon seit Jahren umstritten. Bis heute besteht bei der Gewährung übertariflicher Geldzulagen jedoch noch keine Klarheit hinsichtlich der Kollektivität.²⁴⁴ Deshalb soll in diesem Zusammenhang der Begriff der Kollektivität unter Einbeziehung der Rechtsprechung und der Rechtslehre im folgenden noch einmal definiert werden.

a) Entwicklung der Rechtsprechung

Das Bundesarbeitsgericht qualifizierte zunächst in mehreren Entscheidungen die Gewährung von übertariflichen Geldzulagen an eine größere Anzahl von Arbeitnehmern oder an nahezu alle Arbeitnehmer des Betriebes mit der Begründung als „kollektiv“, daß es sich bei der Gewährung an eine große An-

²⁴² Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. 2. c) der Gründe; Eich, DB 1980, S. 1340, 1342; Hanau, BB 1977, S. 350 f.; Richardi, ZfA 1976, S. 1, 18.

²⁴³ Hierzu BAG, AP Nr. 10 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter I. 1. der Gründe; AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter C. III. 3. b) der Gründe m.w.N.; AP Nr. 60 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter I. 1. b) der Gründe; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 87 Rnn. 410 ff.; D. Gaul, Die Arbeitsbewertung, S. 337 f.; Goos, NZA 1986, S. 701; Löwisch, DB 1973, S. 1746, 1748; Stadler, BB 1972, S. 800, 802.

²⁴⁴ Auch der Große Senat des BAG hat in seiner Grundsatzentscheidung vom 3. 12. 1991 (BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung) hinsichtlich der Mitbestimmung bei übertariflichen Geldzulagen diese umstrittene Frage nicht abschließend geklärt. Vielmehr beschränkten sich die Ausführungen des BAG hinsichtlich der Kollektivität darauf, bisher vertretene Auffassungen stereotyp zu wiederholen, ohne auf die diesbezüglich geäußerten Kritikpunkte einzugehen.

zahl von Arbeitnehmern um einen generellen Tatbestand handele.²⁴⁵ Im Zusammenhang mit der Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf übertarifliche Geldzulagen hat der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts in einer späteren Grundsatzentscheidung vom 3.12.1991 dagegen entschieden, daß die Frage, ob bei der Gewährung übertariflicher Geldzulagen ein kollektiver Tatbestand vorliegt, nicht allein anhand quantitativer Merkmale zu beantworten ist. Die Anzahl der von der Regelung tangierten Arbeitnehmer sei nur ein Indiz für die Kollektivität, da es denkbar sei, daß generelle Regelungsfragen vorübergehend nur einen Arbeitnehmer betreffen.²⁴⁶ Der Große Senat macht das Vorliegen eines kollektiven Tatbestandes vielmehr davon abhängig, ob von der Maßnahme des Arbeitgebers die Strukturformen des Entgelts, einschließlich ihrer näheren Vollzugsformen, betroffen werden.²⁴⁷ Teilweise bejahte das Bundesarbeitsgericht, unabhängig von der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer, die Kollektivität einer Maßnahme bereits dann (wenn auch nicht im Zusammenhang mit der Gewährung übertariflicher Geldzulagen), wenn es sich um eine Regelungsfrage handelte, durch die kollektive Interessen der Arbeitnehmer des Betriebes berührt wurden.²⁴⁸

b) Auffassungen im Schrifttum

Nach der Meinung von *Kappes* liegt eine kollektive Regelung betrieblicher Lohngestaltung nur vor, wenn die Maßnahme des Arbeitgebers generell-abstrakter Natur ist.²⁴⁹ Von einer generellen Regelung sei das quantitative Moment betroffen, wonach nicht nur Einzelfälle geregelt werden, sondern ein Maßstab für alle gesetzt werden soll.²⁵⁰ Ebenso wie die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts steht *Kappes* auf dem Standpunkt, daß die Quantität nur ein Indiz für die Kollektivität darstelle, da es generelle Regelungen gebe, die kollektive Bedeutung hätten, vorübergehend aber nur einen Einzelfall betreffen.²⁵¹ Seiner Meinung nach ist für den kollektiven Bezug der

²⁴⁵ Zum quantitativen Moment siehe z.B. BAG, AP Nrn. 2 und 5 zu § 56 BetrVG 1952 Entlohnung.

²⁴⁶ Std. Rspr. des BAG, seit BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, vgl. unter C. III. 3. b) aa) und bb) der Gründe; siehe auch BAG, AP Nr. 86 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter II. 1. der Gründe.

²⁴⁷ Vgl. BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter C. III. 3. b) aa) und bb) der Gründe; AP Nr. 86 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter II. 1. der Gründe.

²⁴⁸ Siehe z.B. BAG, AP Nrn. 7, 9, 33 und 35 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; einen ausführlichen Überblick über die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Frage der Kollektivität einer betrieblichen Geldzulagneregelung gibt GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rn. 896.

²⁴⁹ Vgl. Kappes, DB 1986, S. 1520, 1521.

²⁵⁰ So Kappes, DB 1986, S. 1520, 1521.

²⁵¹ Hierzu Kappes, DB 1986, S. 1520, 1521.

Regelung deren Abstraktheit entscheidend. Diese sei dann gegeben, wenn die Regelung nicht auf persönliche, subjektive Umstände des einzelnen Arbeitnehmers abstelle, sondern das Ergebnis anhand objektiver, auf eine Vielzahl von einzelnen Fällen zutreffenden Kriterien gefunden werden könne.²⁵² *Kappes* geht davon aus, daß die Gewährung übertariflicher Zulagen typischerweise nicht generell-abstrakt erfolgen kann, da die Zulagen zur Entgeltaustarierung im Einzelfall aufgrund der persönlichen Verhältnisse der Arbeitnehmer vorgegeben werden.

Auf diesem Standpunkt steht auch *Hromadka*, der eine abstrakte Regelbarkeit von übertariflichen Zulagen mit der Begründung ablehnt, daß diese Zulagen immer auf individuellen Einschätzungen beruhten.²⁵³ Die übertarifliche Zulage diene der Austarierung des Entgelts in jedem Einzelfall. Deswegen erhalte auch nahezu jeder Arbeitnehmer eine derartige Zulage. Somit komme es fast zwingend zu einer generellen Handhabung. Selbst wenn man der Generalität Indizwirkung für die Kollektivität zubillige, würde sie hier widerlegt, da es zur Generalität bei übertariflichen Zulagen gerade deshalb komme, weil es das individuelle Entgelt erfordere.²⁵⁴

Auch *von Hoyningen-Huene* vertritt die Auffassung, daß die Gewährung übertariflicher Zulagen nicht auf einer kollektiven Regelung beruht. Er räumt zwar ein, daß sich aufgrund der vielfachen Anwendung individueller Kriterien möglicherweise nach und nach allgemeine Maßstäbe und Gewichtungen feststellen ließen, besteht aber darauf, daß es einen allgemeinen Grundsatz, dem zufolge die Gewährung übertariflicher Zulagen zumeist auf kollektiven Regelungen beruht, nicht gebe.²⁵⁵

Wiese ist ebenso wie das Bundesarbeitsgericht der Auffassung, nicht das quantitative Moment, also die Zahl der von der Regelung betroffenen Arbeitnehmer, sei maßgebliches Kriterium für die Kollektivität, sondern vielmehr die inhaltliche Gestaltung der Regelung.²⁵⁶

M. Schwab hält für die Annahme einer kollektiven Regelung bei der Gewährung von übertariflichen Zulagen, wie etwa den Leistungszulagen, die Geltung eines einheitlichen Zulagenmaßstabes für den begünstigten Personenkreis für das maßgebliche Kriterium.²⁵⁷ Nach seiner Ansicht ist ein einheitlicher Zulagenmaßstab etwa bei der Aufstellung einer Leistungspunktetabelle

²⁵² *Kappes*, DB 1986, S. 1520, 1521.

²⁵³ *Hromadka*, DB 1988, S. 2636, 2642.

²⁵⁴ *Hromadka*, DB 1988, S. 2636, 2642.

²⁵⁵ V. *Hoyningen-Huene*, Anm. zu BAG, SAE 1985, S. 298, 301.

²⁵⁶ GK-BetrVG, *Wiese*, § 87 Rnn. 20 ff.

²⁵⁷ *M. Schwab*, BB 1993, S. 495, 496.

gegeben oder wenn der Zulage ein ungewichteter Kriterienkatalog zugrunde liegt.²⁵⁸ Auch die Tatsache, daß durch die Zulage gerade die individuelle Erfüllung der relevanten übertariflichen Arbeitsleistung vergütet wird und die Zulage damit auf den einzelnen Arbeitnehmer zugeschnitten ist, ändert nach Auffassung von *M. Schwab* nichts daran, daß die Zulage bei jedem einzelnen Arbeitnehmer auf der selben Grundlage beruht.²⁵⁹

Weyand schließlich qualifiziert im Gegensatz zum übrigen Schrifttum die Gewährung von übertariflichen Zulagen immer als kollektive Regelung, unabhängig davon, ob sie systematisch erfolgt oder nicht. Er begründet seine Auffassung damit, daß die Lohngestaltung in der Bundesrepublik Deutschland zu einem wesentlichen Teil von übertariflichen Zulagen bestimmt werde.²⁶⁰ Demnach sei bereits die Existenz dieser Zulagen ausreichend für das Vorliegen der Kollektivität. Aus diesem Grund sei auch eine übertarifliche Zulage, die dem einzelnen Arbeitnehmer unter Berücksichtigung individueller Umstände gezahlt wird, auf kollektive Gesichtspunkte zurückzuführen.

c) Stellungnahme

Die in der Judikatur und Literatur vertretenen Auffassungen bezüglich der Kollektivität einer Regelung (im hier relevanten Fall die Gewährung von übertariflichen Geldzulagen) verdeutlichen, daß teilweise recht unterschiedliche Ansichten existieren, andererseits aber auch Parallelen und inhaltsgleiche Ansätze zu finden sind.

Sowohl in Rechtsprechung als auch Schrifttum besteht weitgehend Einigkeit dahingehend, daß die Generalität einer Regelung, sprich ihre Geltung für eine große Anzahl von Arbeitnehmern nicht das maßgebliche Kriterium eines kollektiven Tatbestandes ist.²⁶¹ Wie die dargestellten Meinungen verdeutlichen, stellt die Quantität allenfalls ein Indiz für die Kollektivität dar. Dem ist zuzustimmen, da es, wie dargestellt, generelle Regelungen gibt, die zwar Belegschaftsinteressen betreffen und somit kollektive Bedeutung haben, sich aber vorübergehend nur auf einen Arbeitnehmer oder nur einen unmaßgeblichen Teil der Belegschaft beziehen. Ebenso können verschiedene Sonderregelungen zeitlich zusammentreffen, ohne daß dies dazu führen muß, eine generelle Regelung anzunehmen.

²⁵⁸ Vgl. dazu BAG, AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; Kappes, DB 1986, S. 1520 f.

²⁵⁹ *M. Schwab*, BB 1993, S. 495, 496.

²⁶⁰ *Weyand*, ArbuR 1993, S. 1, 3.

²⁶¹ Vgl. dazu z.B. BAG, AP Nrn. 51 und 86 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; AP Nr. 35 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 20 ff.; Hromadka, DB 1988, S. 2636, 2641 f.; Kappes, DB 1986, S. 1520, 1521.

Für das Vorliegen einer kollektiven Regelung betrieblicher Lohngestaltung ist auf dieser Grundlage zunächst festzuhalten, daß die Maßnahme des Arbeitgebers generell-abstrakter Natur sein muß. Die hier relevante Frage, ob die Gewährung übertariflicher Geldzulagen eine generell-abstrakte und damit kollektive Regelung darstellt, kann nicht pauschal beantwortet werden. Diese Frage ist vielmehr anhand der verschiedenen rechtlichen Gewährungsmöglichkeiten dieser Zulagen differenziert zu beantworten. Eine generell-abstrakte Regelung betrieblicher Lohngestaltung liegt immer dann vor, wenn die Arbeitnehmer beispielsweise einen Anspruch auf übertarifliche Geldzulagen aufgrund einer Betriebsvereinbarung haben oder die Zulagenregelung auf einer Regelungsabrede beruht. In diesen Fällen stellt sich aber die Frage der betrieblichen Mitbestimmung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG praktisch nicht. Diese Frage wird erst dann relevant, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern die übertariflichen Geldzulagen durch Allgemeine Arbeitsbedingungen, wie etwa durch eine arbeitsvertragliche Einheitsregelung oder durch eine Gesamtzusage, gewährt.²⁶² Fraglich ist, ob die Geldzulagengewährung auch durch diese beiden Rechtsinstitute jeweils eine mitbestimmungspflichtige generell-abstrakte Regelung betrieblicher Lohngestaltung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG darstellt.

Die Rechtsprechung und die überwiegende Meinung in der Literatur vertreten die Auffassung, daß die arbeitsvertragliche Einheitsregelung und die Gesamtzusage, obwohl sie dem Individualrecht zugeordnet werden, jeweils einen kollektiven Bezug haben²⁶³, womit im Fall der übertariflichen Geldzulagengewährung, ebenso wie bei der Betriebsvereinbarung, eine mitbestimmungspflichtige Regelung der betrieblichen Lohngestaltung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG vorliegen würde. Es gibt im Schrifttum sogar Autoren, welche die Allgemeinen Arbeitsbedingungen als generelle betriebliche Regelungen, „kollektivrechtlich“ nennen.²⁶⁴ Andere behandeln sie wiederum als „quasi-kollektivrechtliche“ Regelungen und stellen sie als solche der Be-

²⁶² Zu dem Begriff und der Rechtsgrundlage der Allgemeinen Arbeitsbedingungen siehe Teil 2: A. II. 2.

²⁶³ Siehe z.B. BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter B. III. der Gründe; AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 1. der Gründe; Richardi, BetrVG, § 77 Rnn. 219 f.; v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit, S. 151 ff.; Säcker, Gruppenautonomie, S. 32 ff. und 80 ff.; Schmid/Trenk-Hinterberger, ArbR, S. 51; Löwisch, DB 1983, S. 1709, 1710; zur Abgrenzung zu reinen Individualrechten vgl. Dietz/Richardi, BetrVG (6. Aufl.), § 77 Rn. 70 m.w.N.

²⁶⁴ Hilger, Der Einfluß des kollektiven Arbeitsrechts, S. 20 f.; dies., Ruhegeld, S. 58 ff. und 68 ff.; Karakatsanis, Die kollektivrechtliche Gestaltung, S. 36 ff.; Reuter, gemeins. Anm. zu BAG, SAE 1983, S. 201, 202 f.

triebsvereinbarung gleich.²⁶⁵ Diesen letztgenannten Ansichten ist jedoch nicht zu folgen, da die kollektive Rechtsetzung allein in Form des Tarifvertrages und der Betriebsvereinbarung möglich ist.²⁶⁶ Wegen einer möglichen Kollision mit dieser kollektiven Rechtsetzung wird deshalb auch ein kollektiver Tatbestand bei den Allgemeinen Arbeitsbedingungen abgelehnt.²⁶⁷ So ist *Söllner* im Fall von generellen Anordnungen des Arbeitgebers der Ansicht, daß diese nicht anders auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse einwirken, als etwa getrennte Erklärungen gleichen Inhalts.²⁶⁸ Da er auch die Gesamtzusage und betriebliche Übung neben den generellen Anordnungen des Arbeitgebers zu den Erscheinungsformen rechtsgestaltender Erklärungen zählt, sind seine Überlegungen somit auch auf diese Allgemeinen Arbeitsbedingungen (ebenso wie auch auf die arbeitsvertragliche Einheitsregelung) entsprechend zu übertragen. So lehnt es *Söllner* im Fall der betrieblichen Übung auch ausdrücklich ab, diese als einen „kollektiven“ Verpflichtungstatbestand eigener Art zu betrachten.²⁶⁹ *Bruns* bereitet bei ausfüllenden Gestaltungsrechten der Schritt vom einzelnen zur unbestimmten Vielzahl zu gestaltender Rechtsverhältnisse ebenfalls keine Schwierigkeit. Wird auf diese Weise die Leistung bestimmt, „dann für ein konkretes Rechtsverhältnis oder für eine Vielzahl konkreter Rechtsverhältnisse; abstrakt ist hier also nur der Grenzfall von konkret“.²⁷⁰

Nach meinem Dafürhalten ist im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zwischen den immer wieder von Rechtsprechung und Rechtslehre synonym verwendeten Begriffen „kollektiver Tatbestand“, „kollektive Regelung“ und „kollektiver Bezug“ zu unterscheiden. Ein kollektiver Tatbestand oder eine kollektive Regelung liegen, wie bereits aufgezeigt, vor, wenn es um generell-abstrakte Regelungen, wie zum Beispiel Betriebsvereinbarungen geht. Diese Regelungen haben von vornherein einen kollektiven Bezug. Andererseits

²⁶⁵ Für die arbeitsvertragliche Einheitsregelung z.B. Säcker, Gruppenautonomie, S. 91 f. und 313 f.; ders., AR-Blattei D, Betriebsvereinbarung I, D. II. 4. d) bb); Ahrend, FS für Hilger und Stumpf, S. 17, 24; Ahrend/Förster/Rühmann, DB 1982, S. 224, 226; Buchner, DB 1983, S. 877, 883; Falkenberg, DB 1984, S. 875, 879; Höfer/Küpper, BB 1982, S. 565, 566; Löwisch, DB 1983, S. 1709, 1710; Reuter, gemeins. Anm. zu BAG, SAE 1983, S. 201, 202 f.; Schulin, DB 1983, Beil. Nr. 10, S. 1, 10 f.; für die betriebliche Übung z.B. Gamillscheg, FS für Hilger und Stumpf, S. 227, 235; ausführlich hierzu in Teil 3: B. III. 1 e).

²⁶⁶ Vgl. auch Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 32; Richardi, RdA 1983, S. 201, 211.

²⁶⁷ Siehe Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 31 f.; Söllner (Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 35) lehnt ausdrücklich einen kollektiven Tatbestand Allgemeinen Arbeitsbedingungen im Fall der betrieblichen Übung ab; vgl. auch Bruns, ZZP 78, S. 264, 272.

²⁶⁸ So Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 32.

²⁶⁹ Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 35.

²⁷⁰ Bruns, ZZP 78, S. 264, 272.

muß eine Regelung, die einen kollektiven Bezug hat, nicht unbedingt eine kollektive Regelung oder einen kollektiven Tatbestand darstellen. Nur anhand dieser Unterscheidung kann man der „Zwitterstellung“ der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung, der Gesamtzusage und der betrieblichen Übung im Grenzbereich zwischen dem Individual- und Kollektivrecht gerecht werden. *Söllner* und *Bruns* gehen zu Recht davon aus, daß ein kollektiver Tatbestand oder eine kollektive Regelung bei den Allgemeinen Arbeitsbedingungen zu verneinen ist, da bei einheitlichen Regelungen dieser Art die Leistung für eine Vielzahl konkreter Rechtsverhältnisse bestimmt wird. Diese Auffassung ist aus der Rechtsnatur und Wirkungsweise der Allgemeinen Arbeitsbedingungen, die nach fast einhelliger Auffassung dem Individualrecht zuzuordnen sind, zu folgern. Die Gewährung von übertariflichen Geldzulagen an sich ist in diesen Fällen generell-konkreter Natur. Trotzdem haben die arbeitsvertragliche Einheitsregelung, die Gesamtzusage und die betriebliche Übung einen kollektiven Bezug.²⁷¹ Bei diesen betriebseinheitlichen Regelungen ist nämlich nicht nur die Wechselwirkung zwischen dem Arbeitgeber und jedem einzelnen Arbeitnehmer zu betrachten, sondern auch die Schaffung der betriebseinheitlichen Zustände zu erklären. Der kollektive Bezug wird besonders deutlich bei den sogenannten Formular-Arbeitsverträgen, welche die typische Erscheinungsform arbeitsvertraglicher Einheitsregelungen darstellen.²⁷² An den Regelungsinhalten dieser Verträge, wie zum Beispiel Entlohnungsrichtlinien, Gratifikations- und Prämienregelungen²⁷³ erkennt man, daß der Arbeitgeber individuelle Momente des jeweiligen Arbeitnehmers, wie zum Beispiel die persönliche Qualifikation oder die soziale Bedürftigkeit nicht berücksichtigt, obwohl er diese Regelungen mit jedem Arbeitnehmer einzeln vereinbart. Hinsichtlich der übertariflichen Geldzulagengewährung ergibt sich der kollektive Bezug aus der Systematik der der Gewährung zugrundeliegenden Arbeitgeberentscheidung. Die Gewährung und Höhe übertariflicher Geldzulagen bemessen sich nach der Arbeitsleistung des einzelnen Arbeitnehmers. Diese setzt stets eine irgendwie definierte Mindestleistung voraus, die allein mit dem Tariflohn vergütet werden soll. Nur so kann festgestellt werden, daß die über der Mindestleistung liegende Arbeitsleistung einen übertariflich zu vergütenden Wert hat. Objektives Kriterium für die Gewährung übertariflicher Geldzulagen ist somit die Qualität der effektiven Arbeitsleistung in Bezug zur erbringenden Mindestleistung. Ein kollektiver Bezug ist zudem anzunehmen, wenn die der Zulagengewährung zugrundeliegende Arbeitgeberentscheidung letztlich auf einem Vergleich der Tätigkeiten und Leistungen der Arbeitnehmer untereinander beruht und daher die Frage der betrieblichen Lohngerechtigkeit tangiert. Die Grundsätze der Lohnfindung selbst sind also generell-abstrakter Natur. Hinsichtlich des kollektiven

²⁷¹ Dieser Ansicht wird wohl auch *Söllner* sein, obwohl er dies nicht ausdrücklich erwähnt, vgl. *Söllner*, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 31 f.

²⁷² Siehe hierzu Teil 2: A. II. 2. a).

²⁷³ Vgl. *Schmid/Trenk-Hinterberger*, ArbR, S. 51.

Bezug einer übertariflichen Zulagenregelung ist im Grunde insoweit nur der Argumentation von *M. Schwab* zu folgen, der für diesen Bezug die Geltung eines einheitlichen Zulagenmaßstabes für den begünstigten Personenkreis als das maßgebliche Kriterium hält.²⁷⁴

Bei der Gewährung übertariflicher Geldzulagen durch eine arbeitsvertragliche Einheitsregelung, einer Gesamtzusage oder einer betrieblichen Übung ist somit festzuhalten, daß die Regelung dieser Zulagen in diesen Allgemeinen Arbeitsbedingungen zwar keinen kollektiven Tatbestand oder eine kollektive Regelung darstellt, jedoch einen kollektiven Bezug hat.

Fraglich ist allerdings, ob ein kollektiver Bezug auch dann zu bejahen ist, wenn der Arbeitgeber übertarifliche Geldzulagen an eine Vielzahl von Arbeitnehmern nicht mehr nach klar vorgegebenen generell-abstrakten Kriterien verteilt, sondern jeweils nach ganz individuellen Gesichtspunkten. In diesem Fall wäre möglicherweise ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates ausgeschlossen, da nunmehr eine Vielzahl von Einzelfällen vorliegt, die sich jeweils voneinander unterscheiden und daher inhaltlich nicht mehr gleich sind. Gerade in relativ kleinen Betrieben wird der Arbeitgeber häufig über die Gewährung von übertariflichen Geldzulagen anhand des Einzelfalles entscheiden. Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn der Arbeitgeber einzelnen Arbeitnehmern besondere individuelle Leistungen zusätzlich vergüten oder dem individuellen „Marktwert“ einzelner Arbeitnehmer oder mit Bezug auf bei ihnen bestehenden persönlichen Umstände im Rahmen der Bemessung der Vergütung Rechnung tragen will. Ein kollektiver Bezug ist in diesen Fällen zu verneinen, womit dem Betriebsrat folglich kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zusteht.

Auch wenn der Arbeitgeber mit einer großen Anzahl von Arbeitnehmern gleichlautende Vereinbarungen hinsichtlich der übertariflichen Geldzulagen abschließt, ist ein kollektiver Bezug auszuschließen, soweit Belegschaftsinteressen nicht betroffen sind. Insbesondere dann, wenn kein System oder keine generell-abstrakten Grundsätze der Lohnfindung entwickelt worden sind. Aus diesen Gründen ist die Ansicht von *Weyand* abzulehnen, der die Gewährung von übertariflichen Zulagen immer als kollektive Regelung qualifiziert, unabhängig davon, ob die Gewährung aufgrund individueller Gesichtspunkte erfolgt oder ihr eine Systematik zugrundeliegt.²⁷⁵ Es ist jedoch zu bedenken, daß bei einer vielfachen Anwendung von individuellen Kriterien irgendwann eine „Bündelung“ von diesen eintreten kann und der Arbeitgeber im Ergebnis wieder allgemeine Maßstäbe und Gewichtungen bei der Verteilung der Zulagen aufstellt. Dadurch würde der Verteilung ein gewisses Schema zugrunde

²⁷⁴ M. Schwab, BB 1993, S. 495, 496.

²⁷⁵ Weyand, ArbuR 1993, S. 1, 7.

gelegt.²⁷⁶ Somit ergäben sich wieder eine Generalität und Abstraktheit hinsichtlich der Entlohnungsgrundsätze übertariflicher Geldzulagen. Außerdem widerspricht es dem Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechtes im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, wenn der Arbeitgeber dieses ausschließen könnte, indem er einer Vielzahl von Arbeitnehmern nach ganz individuellen Kriterien übertarifliche Geldzulagen gewährt, hierbei aber keine allgemeinverbindlichen Regeln aufstellt.²⁷⁷ Die Angemessenheit und Transparenz des innerbetrieblichen Lohngefüges, welche die betriebliche Mitbestimmung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Lohngestaltung anstrebt, um für alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer eine durchschaubare und nachvollziehbare Lohnverteilung zu erreichen, wäre nämlich dann nicht mehr gewährleistet. Aus diesem Grund ist das Vorliegen einer Einzelfallregelung nur selten anzunehmen. Eine solche liegt nur dann vor, wenn es sich wirklich nur um die Gestaltung eines oder mehrerer konkreter(n) Arbeitsverhältnisse(s) handelt und besondere, den jeweiligen Arbeitnehmer betreffende Umstände, diese Maßnahme veranlassen oder inhaltlich bestimmen.²⁷⁸ Verteilt der Arbeitgeber dagegen die übertariflichen Geldzulagen an eine Vielzahl von Arbeitnehmern nicht nach ganz individuellen Gesichtspunkten, sondern nach einem bestimmten Schema, muß der Zulagengewährung, obwohl diese an sich individuell-konkreter Natur ist, aufgrund ihrer Verteilungssystematik ein kollektiver Bezug beigemessen werden. Das bedeutet, daß auch in diesen Fällen der Geldzulagengewährung dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zusteht.

Die Gewährung von übertariflichen Geldzulagen stellt mithin in Betriebsvereinbarungen eine generell-abstrakte Regelung und in Allgemeinen Arbeitsbedingungen eine generell-konkrete Regelung mit kollektivem Bezug dar. In diesen Fällen steht dem Betriebsrat bei der Gewährung übertariflicher Geldzulagen ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu. Bei einer Vielzahl von Einzelfallregelungen kann die Gewährung übertariflicher Geldzulagen unter den genannten Umständen ebenfalls einen kollektiven Bezug aufweisen, der ein solches Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates auslöst.

²⁷⁶ Dieser Ansicht ist auch Hromadka (Hromadka, DB 1991, S. 2133, 2135), obwohl er einen kollektiven Tatbestand verneint.

²⁷⁷ So auch BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter C. III. 3. b) dd) der Gründe; AP Nr. 61 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter I. 1. b) der Gründe; AP Nr. 70 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. I. 1. der Gründe; AP Nr. 86 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang unter B. II. der Gründe; Schirge/Trittin, AiB 1990, S. 227, 233.

²⁷⁸ Siehe BAG, AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit unter B. II. 3. der Gründe; AP Nr. 31 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. 4. der Gründe; AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang unter B. II. 5. der Gründe; im Ergebnis auch Richardi, BetrVG, § 87 Rnn. 25 ff.; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 324 Rn. 26 und § 333 Rn. 99; Hönsch, Anm. zu BAG, BB 1988, S. 700, 701.

III. Ausschlußgründe hinsichtlich eines sich aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ergebenden Mitbestimmungsrechtes

Bevor auf den Inhalt und Umfang des dem Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zustehenden Mitbestimmungsrechtes bei der übertariflichen Geldzulagengewährung näher eingegangen wird, sind an dieser Stelle zunächst jene gesetzlichen Regelungen zu erörtern, die grundsätzlich zu einem Ausschluß dieser Mitbestimmung führen können.

1. Ausschluß durch Tarifvorbehalt nach §§ 77 Abs. 3 S. 1 und 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG

Als gesetzliche Ausschlußgründe für das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG kommen §§ 77 Abs. 3 S. 1 und 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG in Betracht. Die Vorschrift des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG schließt als Schranke dieses Mitbestimmungsrechtes den Abschluß von Betriebsvereinbarungen hinsichtlich der Gestaltung des Arbeitsentgeltes und sonstiger Arbeitsbedingungen aus, die tarifvertraglich oder üblicherweise tarifvertraglich geregelt werden. Daneben besteht in dem Gesetzes- beziehungsweise Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG eine weitere Beschränkung der betrieblichen Mitbestimmung.

Da, wie erörtert, übertarifliche Geldzulagen weder tarifvertraglich noch üblicherweise tarifvertraglich geregelt werden, kann der in den §§ 77 Abs. 3 S. 1 und § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG manifestierte Tarifvorbehalt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nicht beschränken.²⁷⁹

²⁷⁹ Aus diesem Grund kann an dieser Stelle auf eine Darstellung des umstrittenen Verhältnisses des § 77 Abs. 3 S. 1 zu § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG und der in diesem Zusammenhang vertretenen „Zwei-Schranken-Theorie“ und „Vorrangtheorie“ verzichtet werden. Die herrschende Meinung vertritt die „Zwei-Schranken-Theorie“, vgl. z.B. Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rnn. 96 ff.; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 76; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rnn. 117 ff. m.w.N.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 87 Rn. 63; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 4 Rn. 295; Hanau/Adomeit, ArbR, S. 125; Jahnke, Tarifautonomie und Mitbestimmung, S. 167 ff.; Lieb, ArbR, S. 246 ff.; Goos, NZA 1986, S. 701 ff.; Hanau, RdA 1973, S. 281, 284; Haug, BB 1986, S. 1921, 1923 f.; Heinze, NZA 1995, S. 5, 6; Joost, ZfA 1993, S. 257, 267; Krauss, DB 1995, S. 1562, 1564; Löwisch, ArbuR 1978, S. 97, 106; Richardi, NZA 1988, S. 673 ff.; ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972, Bl. 8, 11; Stege/Rinke, DB 1991, S. 2368, 2388; Wank, RdA 1991, S. 139; Wiese, 25 Jahre BAG, S. 661, 664 f. Die Gegenansicht vertritt die „Vorrangtheorie“, vgl. z.B. Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke/Klebe, BetrVG, § 77 Rn. 12; Kempen/Zachert, TVG, Grundlagen Rnn. 257 ff. und 279 ff.; Fabricius, RdA 1973, S. 125, 126; Gast, Anm. zu BAG, BB 1987, S. 1246, 1249; v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, S. 793, 797 f.; Kempen, RdA 1994, S. 140 ff.; Reuter, RdA 1994, S. 152, 166; Säcker, ZfA 1972, Sonderheft, S. 41, 64 f.; Trittin, ArbuR 1991, S. 329, 333; Zachert, NZA 1988, S. 185, 187. Nachdem das BAG lange Zeit das Verhältnis zwischen der „Zwei-Schranken-Theorie“ und der „Vorrangtheorie“ unbeantwortet ließ, vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit; AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung und AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Provision, hat es sich seit der Entscheidung vom 24.2.1987 (BAG, AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972) der „Vorrangtheorie“ angeschlossen, vgl. etwa BAG, AP Nrn. 33 und 52 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung und AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Auszahlung.

2. Ausschluß durch Gesetzesvorbehalt nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der übertariflichen Geldzulagengewährung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG könnte durch den in § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG manifestierten Gesetzesvorbehalt ausgeschlossen sein.²⁸⁰

Einschlägige gesetzliche Regelungen sind einmal im Betriebsverfassungsgesetz selbst enthalten, zum Beispiel in § 75 Abs. 1 und 2 BetrVG. Zum anderen gehören dazu etwa die gesetzlichen Vorschriften des Arbeitsschutzes, wie zum Beispiel das Arbeitszeitgesetz (ArbZG), das Berufsbildungsgesetz (BBiG) oder das Mutterschutzgesetz (MuSchG). Da übertarifliche Geldzulagen selbst jedoch nicht gesetzlich geregelt sind, steht insofern der Gesetzesvorbehalt dem Mitbestimmungsrecht nicht entgegen.

Dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG stehen somit bei der Regelung übertariflicher Geldzulagen weder gesetzliche noch tarifliche Regelungen entgegen. Der Betriebsrat kann die Mitbestimmung sowohl durch Betriebsvereinbarung als auch durch formlose Regelungsabrede ausüben.

IV. Inhalt und Umfang des Mitbestimmungsrechtes aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Gewährung übertariflicher Geldzulagen

Nachdem die Voraussetzungen für ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Gewährung von übertariflichen Geldzulagen bestimmt wurden, ist im folgenden auf den Inhalt und Umfang dieses Mitbestimmungsrechtes einzugehen. In diesem Zusammenhang bedarf es eines besonderen Augenmerks darauf, ob dem Betriebsrat hinsichtlich des Umfanges des Geldvolumens, das der Arbeitgeber für die Gewährung der übertariflichen Zulagen zur Verfügung stellt, ein Mitbestimmungsrecht zusteht. Diese Frage ist im Hinblick auf die noch zu untersuchenden möglichen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei der arbeitgeberseitigen Kürzung oder Streichung übertariflicher Geldzulagen von großer Bedeutung, da durch diese Maßnahmen ebenfalls der Umfang des Geldvolumens betroffen wird.²⁸¹ Ebenso ist zu klären, ob der Betriebsrat sowohl bei der Zweckbestimmung

²⁸⁰ Zum Schutzzweck von § 87 Abs. 1 Eingangssatz siehe Wiese, 25 Jahre BAG, S. 661, 669.

²⁸¹ Hinsichtlich der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei der arbeitgeberseitigen Kürzung oder Streichung übertariflicher Geldzulagen siehe Teil 3: D.

der übertariflichen Geldzulagen als auch bezüglich des von dieser Zulagenregelung begünstigten Personenkreises ein Mitbestimmungsrecht hat.

1. Mitbestimmung beim Dotierungsrahmen übertariflicher Geldzulagen

a) „Topftheorie“

Mit der Problematik des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG beim Dotierungsrahmen übertariflicher Geldzulagen hat sich das Bundesarbeitsgericht in der Vergangenheit in zahlreichen Entscheidungen auseinandergesetzt. Auch in der Rechtslehre war diese Thematik Gegenstand vieler wissenschaftlicher Abhandlungen.²⁸² Nach Ansicht der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Rechtslehre bezieht sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht auf die Höhe des arbeitgeberseitigen finanziellen Aufwandes für freiwillige übertarifliche Zulagen, also nicht auf den sogenannten Dotierungsrahmen oder das Zulagenvolumen.²⁸³ Da der Arbeitgeber die übertariflichen

²⁸² Vgl. z.B. Jahnke, Tarifaufonomie und Mitbestimmung; ders., ZfA 1980, S. 863 ff.; Moll, Die Mitbestimmung; Ziepke, Anrechnung und Widerruf; Bommermann, DB 1991, S. 2185 ff.; Goos, NZA 1986, S. 701 ff.; Herbst, AiB 1986, S. 186 ff.; ders., DB 1987, S. 738 ff.; Hromadka, DB 1986, S. 1921 ff.; ders., DB 1988, S. 2636 ff.; ders., DB 1991, S. 2133 ff.; Kappes, DB 1986, S. 1520 ff.; Matthes, NZA 1987, S. 289 ff.; Richardi, ZfA 1976, S. 1 ff.; Rumpff, ArbUR 1972, S. 65 ff.; Säcker, BB 1979, S. 1201 ff.; Stadler, BB 1972, S. 800 ff.; Thüsing, DB 1997, S. 1130 ff.; Trittin, ArbUR 1991, S. 329 ff.; ders., AiB 1989, S. 9 ff.; Vielhaber, BB 1953, S. 981 ff.; Wiese, NZA 1990, S. 793 ff.

²⁸³ Ließ das Bundesarbeitsgericht zunächst noch offen, ob sich die Mitbestimmungsfreiheit nur auf das Volumen der betrieblichen Altersversorgung beziehen sollte (siehe BAG, AP Nrn. 14, 23 und 34 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung), so erstreckte es diese Eingrenzung der Mitbestimmung in der folgenden Rechtsprechung auf alle freiwilligen Sozialleistungen sowie auf übertarifliche Geldzulagen, die zusätzlich zum Stundenlohn oder Monatsentgelt gezahlt wurden; std. Rspr. des BAG, vgl. z.B. AP Nrn. 2, 3, 4, 5, 7, 10, 24, 26, 31, 33, 51, 53 und 54 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; AP Nrn. 1 und 3 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie; AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; AP Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; AP Nr. 58 zu § 1 Tarifverträge: Metallindustrie; AP Nr. 31 zu § 80 BetrVG 1972; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 87 Rnn. 307 ff. mit Unterschieden hinsichtlich der Bestimmung des Dotierungsrahmens; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 87 Rn. 226 a) und d); GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 833 ff.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 87 Rn. 474; Richardi, BetrVG, § 87 Rnn. 45 ff.; ders., ZfA 1976, S. 1, 18; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 333 Rn. 26; Söllner, ArbR, S. 188; Bommermann, DB 1991, S. 2185, 2188 f.; Eich, DB 1980, S. 1340, 1344; Goos, NZA 1986, S. 701, 705; Herbst, DB 1987, S. 738, 741; Hönsch, BB 1988, S. 2312, 2313; Kappes, DB 1986, S. 1520 ff.; Lieb, ZfA 1988, S. 413, 437 f.; Matthes, NZA 1987, S. 289 ff.; Meisel, BB 1991, S. 406, 411; Misera, gemeins. Anm. zu BAG, AP Nrn. 4 und 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Bl. 4, 6; Molkenbur/Roßmanith, ArbUR 1990, S. 333, 334; kritisch zur „Topftheorie“: Hilger, Anm. zu BAG, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie, Bl. 3 f.; Leinemann, DB 1985, S. 1394, 1396 f.; Schirge, DB 1991, S. 441, 444 (welche die Topftheorie ablehnt, beziehungsweise einschränken will); Schirge/Trittin, AiB 1990, S. 227, 235; Strieder,

Geldzulagen zu dem tariflich normierten Mindestlohn freiwillig hinzu gewähre, also ohne dazu aufgrund eines Gesetzes, eines Tarifvertrages, einer freiwilligen Betriebsvereinbarung oder des Arbeitsvertrages verpflichtet zu sein, solle er darüber hinaus nicht gegen seinen Willen, auch nicht über die betriebliche Zwangsschlichtung nach § 76 Abs. 5 BetrVG, zu diesen Geldleistungen gezwungen werden können. Dem Betriebsrat sei es trotz seines Mitbestimmungsrechtes nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG verwehrt, durch seine Mitbestimmung hinsichtlich des Umfanges des Zulagenvolumens oder durch eine betriebliche Zwangsschlichtung unmittelbaren Einfluß auf die Lohnhöhe zu nehmen und damit Lohnpolitik zu betreiben. Dem Arbeitgeber stehe es aufgrund seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit frei, ob und in welchem Umfang er finanzielle Aufwendungen für zusätzliche Leistungen machen wolle.²⁸⁴ Dies wird auch als „Topftheorie“ bezeichnet.²⁸⁵ Der Ursprung der „Topftheorie“ basiert auf drei Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 12.6.1975, in denen dieses den mitbestimmungspflichtigen Bereich einer durch Gesamtzusage gewährten betrieblichen Altersversorgung abgrenzen mußte.²⁸⁶ Ließ das Bundesarbeitsgericht in diesen Entscheidungen zunächst noch offen, ob die Mitbestimmungsfreiheit des Dotierungsrahmens nur für die betriebliche Altersversorgung gelten sollte,²⁸⁷ so erstreckte es diese Eingrenzung der Mitbestimmung in der darauf folgenden Rechtsprechung auf alle freiwilligen Sozialleistungen²⁸⁸ sowie auf übertarifliche Geldzulagen.²⁸⁹ Die „Topftheorie“ wurde in jüngerer Zeit durch zahlreiche weitere Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts bestätigt, insbesondere durch den Beschluß des Großen Senats vom 3.12.1991, in welchem diese Theorie im Zusammenhang mit der Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf übertarifliche Geldzulagen nochmals ausführlich begründet wurde.²⁹⁰

BB 1980, S. 420, 423; Trittin, AiB 1988, S. 81, 83 f; einen ausführlichen Überblick über den im Schrifttum kontrovers diskutierten Begriff des „Dotierungsrahmens“ gibt Magula-Lösche, Der Umfang betrieblicher Mitbestimmung, S. 117 ff.

²⁸⁴ Siehe z.B. BAG, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. 1. b) der Gründe; AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter II. 4. b) der Gründe; AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie unter B. II. 2. der Gründe; AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie unter B. III. der Gründe; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 333 Rn. 19; zur grundrechtlichen Garantie der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit siehe Söllner, RdA 1989, S. 144, 145 ff.

²⁸⁵ Zum Ursprung der „Topftheorie“ vgl. BAG, AP Nrn. 1 bis 3 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung.

²⁸⁶ BAG, AP Nrn. 1 bis 3 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung.

²⁸⁷ Vgl. BAG, AP Nrn. 1 bis 3 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung.

²⁸⁸ Hierzu BAG, AP Nrn. 5 und 10 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

²⁸⁹ Siehe BAG, AP Nrn. 3, 4, 7, 9 und 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; zur Definition des Begriffs „Sozialleistungen“ und zu deren Abgrenzung zu übertariflichen Geldzulagen vgl. Teil 2: E. IV. 2.

²⁹⁰ BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

b) Argumente gegen die „Topftheorie“

In der Rechtslehre gibt es vereinzelte Gegner der „Topftheorie“, die dem Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht auch beim Dotierungsrahmen übertariflicher Geldzulagen einräumen wollen. Sie begründen ihre ablehnende Auffassung hinsichtlich dieser Theorie hauptsächlich mit dem Verhältnis zwischen § 87 Abs. 1 Nr. 10 und Nr. 11 BetrVG, der fehlenden Kostenneutralität der Betriebsrattätigkeit und der Praxisferne der „Topftheorie“.²⁹¹

So meinen *Schirge/Trittin*, daß die Ziffer 10 des § 87 Abs. 1 BetrVG eine Generalklausel darstellt, zu deren Ausfüllung die Ziffer 11 des § 87 Abs. 1 BetrVG heranzuziehen ist, die dem Betriebsrat auch nach Meinung des Bundesarbeitsgerichts ein Mitbestimmungsrecht gerade beim Geldfaktor, das heißt, bei der „Dotierung“ gewährt.²⁹² „Die Ziffer 11 ist ein Unterfall der Ziffer 10, und es stellt sich die Frage, weshalb die Ziffer 11 gerade hinsichtlich des finanziellen Volumens weiter ausgestaltet sein soll, als die Ziffer 10“. Bei einer systemgerechten Auslegung des Mitbestimmungsrechts in Ziffer 10 umfasse dieses, ebenso wie in Ziffer 11, auch die Lohnhöhe beziehungsweise die Dotierung.²⁹³ *Strieder* weist darauf hin, daß das Betriebsverfassungsrecht eine generelle Beschränkung der betrieblichen Mitbestimmung oder des Ininitiativrechts auf kostenneutrale Maßnahmen nicht kenne.²⁹⁴ Er beruft sich hierbei auf das Beispiel, in welchem der Betriebsrat bei der Einführung der bargeldlosen Entgeltbezahlung seine Zustimmung von der arbeitgeberseitigen Übernahme zumindest eines Teils der Kontoführungsgebühr abhängig machen kann.²⁹⁵ Auf ein solches Beispiel berufen sich auch *Schirge/Trittin*, die ebenfalls eine Kostenneutralität der Mitbestimmung ablehnen.²⁹⁶ Das Bundesverfassungsgericht stellte hinsichtlich der Kostentragung der Kontoführungsgebühren durch den Arbeitgeber gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG fest: „Die Umsetzung der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungs- und Beteiligungsrechte ist nicht kostenlos, was sich schon aus der paritätischen Anlage der echten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates aus dem Betriebsverfassungsgesetz ergibt“.²⁹⁷ „Die im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts zulässige Auferlegung von Geldleistungspflichten läßt deshalb

²⁹¹ So etwa Leinemann, DB 1985, S. 1394, 1397; Schirge, DB 1991, S. 441, 444; Schirge/Trittin, AiB 1990, S. 227, 234 ff.; Strieder, BB 1980, S. 420, 423; Trittin, AiB 1988, S. 81 ff.

²⁹² Schirge/Trittin, AiB 1990, S. 227, 236.

²⁹³ Schirge/Trittin, AiB 1990, S. 227, 236.

²⁹⁴ Strieder, BB 1980, S. 420, 423.

²⁹⁵ Vgl. Strieder, BB 1980, S. 420, 423.

²⁹⁶ Schirge/Trittin, AiB 1990, S. 227, 235.

²⁹⁷ BVerfG, BB 1988, S. 342 f.; vgl. auch BVerfGE 50, S. 290, 326 ff.

die Eigentumsgarantie unberührt“.²⁹⁸ Diese Gedanken sind nach der Auffassung von *Schirge/Trittin* unmittelbar auf das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG übertragbar, so daß auch eine höhere finanzielle Belastung des Arbeitgebers bei der Regelung übertariflicher Zulagen mit der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie im Einklang steht.²⁹⁹ Demzufolge könnte der Arbeitgeber zur Erbringung finanzieller Leistungen, wie den übertariflichen Geldzulagen, durch die Einigungsstelle gemäß § 76 Abs. 5 BetrVG gezwungen werden.

Schließlich wird die „Topftheorie“ von ihren Kritikern für „brüchig“ und praxisfern gehalten.³⁰⁰ *Leinemann* ist der Ansicht, die „Topftheorie“ sei durch Praxisferne und die „Lust am Bildhaften“ geprägt. Der Arbeitgeber, der Töpfe verwalte, existiere nur in der juristischen Einbildung.³⁰¹ Kein Unternehmer kalkuliere mit Töpfen oder topfähnlichen Gebilden. Dies habe *Blomeyer* am Beispiel der betrieblichen Altersversorgung anschaulich dargelegt:³⁰² „Ein Topf, aus dem die Altersversorgung gezahlt wird, ist betriebswirtschaftlich nicht vorstellbar. Die Zahl der nicht vorausbestimmbaren Faktoren, wie zum Beispiel die künftige Entwicklung und Altersstruktur sowie die Fluktuation der Belegschaft, die Gehaltsentwicklung, die Sterblichkeitsrate, die Inflationsrate, die Zinsentwicklung und vieles andere mehr, ist allzu groß“.³⁰³ Diese Argumente wenden *Schirge/Trittin* entsprechend auf das übertarifliche Zulagenvolumen an. Auch dieses sei, ebenso wie der Umfang der betrieblichen Altersversorgung, beständig unkalkulierbaren Schwankungen, sowohl hinsichtlich der absoluten Höhe als auch relativ zur Lohn- und Gehaltssumme, unterworfen. Diese Änderungen würden sich „hinter dem Rücken“ des Arbeitgebers vollziehen. Sie wären also nicht das Ergebnis seiner bewußten Entscheidungen, welche die „Topftheorie“ jedoch unterstelle.³⁰⁴

c) Stellungnahme

Nach meiner Einschätzung ist die Frage hinsichtlich einer betrieblichen Mitbestimmung beim Dotierungsrahmen von übertariflichen Geldzulagen sehr wohl mit der von der Rechtsprechung entwickelten und vom überwiegenden Teil der Rechtslehre anerkannten „Topftheorie“ zu beantworten. Demzufolge bezieht sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1

²⁹⁸ Std. Rspr. des BVerfG, vgl. z.B. BVerfGE 63, S. 312, 327; 68, S. 287, 310 m.w.N.

²⁹⁹ *Schirge/Trittin*, AiB 1990, S. 227, 235.

³⁰⁰ *Leinemann*, DB 1985, S. 1394, 1397, Fn. 32; *Schirge/Trittin*, AiB 1990, S. 227, 234 f.; *Strieder*, BB 1980, S. 420, 423; *Trittin*, AiB 1988, S. 81, 84.

³⁰¹ *Leinemann*, DB 1985, S. 1394, 1397, Fn. 32.

³⁰² *Schirge/Trittin*, AiB 1990, S. 227, 236.

³⁰³ *Blomeyer*, DB 1984, S. 926, 931.

³⁰⁴ *Schirge/Trittin*, AiB 1990, S. 227, 236.

Nr. 10 BetrVG nicht auf die Höhe des arbeitgeberseitigen finanziellen Aufwandes für freiwillige übertarifliche Zulagen, also nicht auf den sogenannten Dotierungsrahmen oder das Zulagenvolumen. Dem Arbeitgeber steht es frei, ob und in welchem Umfang er finanzielle Mittel für die Vergabe übertariflicher Geldzulagen zur Verfügung stellt. Dies bedeutet gleichzeitig, daß es dem Betriebsrat im Rahmen seines Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG verwehrt ist, durch Einfluß auf die Lohnhöhe Lohnpolitik zu betreiben.

Die Verweigerung einer lohnpolitischen Kompetenz des Betriebsrates und somit eine Beschränkung seines Mitbestimmungsrechtes, ergibt sich schon aus der grammatikalischen Auslegung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Das hierin geregelte Mitbestimmungsrecht bezieht sich nur auf die Lohnverteilung, dagegen nicht auf das betroffene Lohnvolumen. Dafür sprechen auch Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, der die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit durch Mitbestimmung betreffend der generell-abstrakten Strukturformen eines Entgeltsystems erzielen will. Ebenso beziehen sich die beispielhaften Aufzählungen für die Anwendungsfälle betrieblicher Lohngestaltung lediglich auf die Lohnfindungstechnik.³⁰⁵ Würde ferner § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auch die Höhe des Arbeitsentgelts erfassen, wäre § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG unverständlich, der bei leistungsbezogenen Entgelten ausdrücklich die Mitbestimmung auf die Geldseite erstreckt. Es kann nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe damit etwas Überflüssiges, weil an sich schon durch § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG Geregelter zum Ausdruck bringen wollen.³⁰⁶

Daß der arbeitgeberseitige Dotierungsrahmen der übertariflichen Geldzulagen vom Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht umfaßt wird, ergibt sich gesetzessystematisch auch aus einem Umkehrschluß zu dem Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG. Die Nr. 11 des § 87 Abs. 1 BetrVG ist, wie dies von *Schirge/Trittin* zu Recht angenommen wird, ein Unterfall der Nr. 10, weil die hier angesprochenen leistungsbezogenen Entgelte, wie Akkord- oder Prämiensätze, Lohnformen der betrieblichen Lohngestaltung sind. Daher unterliegen diese in ihrer näheren Ausgestaltung schon dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bestimmt sich bei diesen Lohnformen nicht etwa ausschließlich nach § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG. Diese Vorschrift gewährt dem Betriebsrat vielmehr weitere Mitbestimmungsrechte, die sich aus der Nr. 10 noch nicht ergeben.

³⁰⁵ Vgl. auch Galperin/Löwisch, BetrVG, § 87 Rnn. 220 und 221; GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 809 ff.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 87 Rn. 474; Stege/Weinspach, BetrVG, § 87 Rnn. 166 und 167.

³⁰⁶ So GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rn. 809; ebenso BAG, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. 2. c) der Gründe.

Deswegen unterliegt im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG auch die Lohnhöhe der Mitbestimmung des Betriebsrates. Hat der Gesetzgeber eine derartige Beteiligung im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht angeordnet, so ist davon auszugehen, daß sie auch nicht bestehen soll.³⁰⁷

Wäre die Lohnhöhe, auf die der Betriebsrat durch ein Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung des übertariflichen Geldzulagenvolumens Einfluß nehmen könnte, bereits nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig, so bestünde außerdem für § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG gar kein eigener Anwendungsbereich mehr.³⁰⁸ Deshalb ist die Auffassung von *Schirge/Trittin* abzulehnen, die dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (ebenso wie aus Nr. 11) auch hinsichtlich der Lohnhöhe beziehungsweise der Dotierung einräumen.

Eine lohnpolitische Kompetenz des Betriebsrates und die hierdurch verursachten Kosten seiner Tätigkeit im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG sind auch nicht mit dem Argument zu begründen, daß die im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes zulässige Auferlegung von Geldleistungspflichten mit der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie im Einklang stehe.³⁰⁹ Diese Kernaussage, die von *Schirge/Trittin* aus einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts entnommen wurde, in der es um die Kontoführungsgebühren durch den Arbeitgeber gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG ging,³¹⁰ kann nicht isoliert und zusammenhangslos, wie dies von den Gegnern der „Topftheorie“ getan wird, auf die Regelungsmaterie des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG übertragen werden.

Die gesamten entscheidungsrelevanten Aussagen des Bundesverfassungsgerichts sind vielmehr im Zusammenhang zu betrachten. Das Bundesverfassungsgericht nimmt völlig zu Recht an, daß eine Umsetzung der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungs- und Beteiligungsrechte nicht kostenlos ist (vergleiche § 40 BetrVG), was sich schon aus der paritätischen Anlage der echten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates aus dem Betriebsverfassungsgesetz ergibt (zum Beispiel § 87 Abs. 1 BetrVG).³¹¹ Aus der Entscheidung geht aber auch hervor, daß Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates im Kernbereich unternehmerischer Entscheidung nicht bestehen,³¹² wobei „unternehmerische Entscheidungsfreiheit“ die aus Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1,

³⁰⁷ Vgl. BAG, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung.

³⁰⁸ So auch BAG, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. 2. c) der Gründe.

³⁰⁹ So aber *Schirge/Trittin*, AiB 1990, S. 227, 235.

³¹⁰ BVerfG, BB 1988, S. 342 f.

³¹¹ BVerfG, BB 1988, S. 342; vgl. auch BVerfGE 50, S. 290, 326 ff.

³¹² BVerfG, BB 1988, S. 342 f.

14 Abs. 1 GG hergeleitete Freiheit des Unternehmers und Arbeitgebers meint, über das Schicksal seines Unternehmens eigenverantwortlich entscheiden zu können.³¹³ Das Bundesverfassungsgericht macht nämlich die Zulässigkeit der vom Arbeitgeber zu tragenden Kontoführungsgebühren davon abhängig, ob durch diese Geldleistungspflicht nicht in den Kernbereich dieser Grundrechte eingegriffen wurde. Es stellte bei dieser Prüfung fest, daß durch die Auferlegung der Kontoführungsgebühren weder die Funktionsfähigkeit noch die wirtschaftliche Leistung des Unternehmens der Beschwerdeführerin vereitelt oder der Kern unternehmerischer Entfaltungsfreiheit betroffen werden.³¹⁴ Ebenso habe der Einigungsstellenspruch einen angemessenen Spielraum zur Entfaltung der unternehmerischen Initiativen des Arbeitgebers gelassen.³¹⁵ Nur weil kein Eingriff in den Kernbereich der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers vorlag, wurde also die Auferlegung der Kontoführungsgebühren nach § 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG für zulässig erachtet. Als Ratio der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung ist nochmals festzuhalten, daß im Kernbereich unternehmerischer Entscheidungen keine Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bestehen.

Auch die Bestimmung des Dotierungsrahmens übertariflicher Geldzulagen zählt zu einer Entscheidung im Kernbereich der durch Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützten Unternehmensautonomie. Diese Grundrechte gewährleisten die allgemeine Handlungsfreiheit und als ihren Ausfluß auch die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr, weshalb ein angemessener Spielraum der Unternehmerinitiativen unantastbar ist.³¹⁶ Würde man dem Betriebsrat bei der Bestimmung des übertariflichen Geldzulagenvolumens ein Mitbestimmungsrecht einräumen, stellte eine solche lohnpolitische Kompetenz einen unzulässigen Eingriff in die vom Grundgesetz geschützte Unternehmensautonomie dar, weil im Fall der Nichteinigung von Arbeitgeber und Betriebsrat über die Höhe der Dotierungsmasse nämlich die Möglichkeit einer umfassenden betrieblichen Zwangsschlichtung nach § 76 Abs. 5 BetrVG bestünde. Die Einigungsstellen hätten dann das Recht, den Umfang der übertariflichen Geldzulagen gegen den Willen des Arbeitgebers festzulegen. Darüber hinaus würde eine betriebliche Zwangsschlichtung hinsichtlich von Arbeitsentgelten gegen den Grundsatz verstoßen, daß Arbeitsentgelte der freien Vereinbarung durch Tarifvertrag und Arbeitsvertrag unterliegen. Die Einigungsstellen wären mit einer derartigen Entscheidungskompetenz überfordert, da sie in den fraglichen Punkten

³¹³ Badura, WiR 1974, S. 1, 25; zur grundrechtlichen Garantie der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit siehe Söllner, RdA 1989, S. 144, 145 ff.

³¹⁴ BVerfG, BB 1988, S. 342; vgl. hierzu auch BVerfGE 50, S. 290, 352.

³¹⁵ Vgl. BVerfG, BB 1988, S. 342.

³¹⁶ Vgl. hierzu auch BVerfGE 4, S. 7, 15 f.; 8, S. 274, 328; 10, S. 89, 99; 12, S. 341, 347 f.; 25, S. 371, 407; 29, S. 260, 267; 50, S. 290, 366.

Verantwortung für Unternehmensführungsmaßnahmen tragen würden.³¹⁷ In wirtschaftlicher Hinsicht wäre es jedoch bedenklich, wenn sie dann zum Beispiel Unternehmensgewinne für tariflich nicht geregelte Leistungen abschöpfen würden, wodurch es letztlich zu einer Verschiebung des Wettbewerbs kommen könnte.

Gegen eine betriebliche Mitbestimmung bei der Bestimmung des Dotierungsrahmens spricht auch die Ausgestaltung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates in wirtschaftlichen Angelegenheiten.³¹⁸ Wie aus den §§ 111 ff. BetrVG hervorgeht, stehen dem Betriebsrat bei den vom Arbeitgeber allein zu entscheidenden Maßnahmen in wirtschaftlichen Angelegenheiten nur „Sicherungskompetenzen“ zu.³¹⁹ Ausgehend davon, wäre es unverständlich und fragwürdig, wenn der Gesetzgeber dem Betriebsrat im Rahmen sozialer Angelegenheiten, wie etwa § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, das Recht eingeräumt hätte, Maßnahmen von unternehmerischer Bedeutung bei der Einigungsstelle zu beantragen und selbständig durchzusetzen. Aufgrund dessen, daß neben dem Betriebsverfassungsgesetz auch noch das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz-MitbestG) existiert, welches die Unternehmensmitbestimmung regelt, wird deutlich, daß die Mitbestimmung im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes gerade nicht zur Begrenzung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit gedacht ist. Das Mitbestimmungsgesetz hätte keinen originären Anwendungsbereich, wenn man die unternehmerische Entscheidungsfreiheit auch im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes für einschränkbar hielte.³²⁰

Auch die von den Gegnern der „Topftheorie“ geäußerte Kritik, daß diese Theorie „brüchig“ und praxisfern ist,³²¹ muß zurückgewiesen werden. Die Auffassung von *Schirge/Trittin*, kein Unternehmer kalkuliere mit Töpfen oder topfähnlichen Gebilden und die diese Meinung bestärkende Darlegung *Blomeyers* am Beispiel der betrieblichen Altersversorgung, ist abzulehnen. Die Kritiker der „Topftheorie“ stellen bei der Frage des Mitbestimmungsrechtes beim Dotierungsrahmen allzu sehr auf den bildhaften Vergleich mit einem „Geldtopf“ ab, den der Arbeitgeber zur Verfügung stellt, und zwar auf einen abgeschlossenen, folgt man den Ausführungen *Blomeyers*.³²² Benutzt man im Zusammenhang mit den übertariflichen Geldzulagen den Ausdruck „Dotierungsrahmen“, wird deutlich, daß es sich bei diesem „Geldtopf“ nicht

³¹⁷ Vgl. Hanau, BB 1976, S. 91, 92.

³¹⁸ Vgl. Boewer, DB 1973, S. 522, 527.

³¹⁹ Rüthers, ZfA 1973, S. 399, 418.

³²⁰ So auch Auffarth, RdA 1976, S. 2; Hanau, ZGR 1977, S. 397 ff.

³²¹ Siehe Leinemann, DB 1985, S. 1394, 1397, Fn. 32; Schirge/Trittin, AiB 1990, S. 227, 234; Strieder, BB 1980, S. 420, 423; Trittin, AiB 1988, S. 81, 84.

³²² Blomeyer, DB 1984, S. 926, 931.

um ein abgeschlossenes Gebilde handeln muß, sondern daß der Arbeitgeber, je nach den sich verändernden Umständen, den Geldinhalt dieses „Topfes“ variabel bestimmen kann. Es ist möglich, wenn auch praktisch selten, daß der Arbeitgeber einen festen Betrag für eine bestimmte Leistung, wie etwa einer Weihnachtsgratifikation, zur Verfügung stellt. In vielen Fällen wird jedoch der Dotierungsrahmen nicht als feste Größe auszumachen sein. Insbesondere bei freiwilligen Leistungen, wie den übertariflichen Geldzulagen, hängt der Umfang des Gesamtaufwandes von der jeweils erbrachten Arbeit oder Leistung des Arbeitnehmers ab und ist daher nicht im voraus feststellbar. Der Dotierungsrahmen bezeichnet denjenigen Betrag, auf den sich der Aufwand für die freiwillige Leistung entsprechend der vom Arbeitgeber beabsichtigten Ausgestaltung nach Schätzungen oder Berechnungen belaufen wird. Dies bedeutet, daß der Dotierungsrahmen keine feste Größe haben oder bildhaft ausgedrückt, kein abgeschlossener „Geldtopf“ sein muß. Nur wenn man von einer solchen festen Größe ausgeht, wie dies die Kritiker der „Topftheorie“ tun, trifft es zu, daß die Annahme der Festsetzung eines festen Dotierungsrahmens nicht für alle freiwilligen Leistungen paßt. Daraus folgt jedoch nicht, daß der Dotierungsrahmen selbst mitbestimmungspflichtig ist.³²³ Der vom Arbeitgeber geplante finanzielle Gesamtaufwand kann, weil er von variablen Faktoren wie der Leistung der Arbeitnehmer oder der wirtschaftlichen Gesamtsituation des Unternehmens abhängt, somit schwanken.³²⁴ Die „Topftheorie“ ist somit alles andere als „brüchig“ und praxisfern, wie sie zu Unrecht bezeichnet wird.³²⁵ Man muß sie nur so interpretieren, daß der Arbeitgeber den Inhalt des „Geldtopfes“, also den Dotierungsrahmen der übertariflichen Geldzulagen, den beständig unkalkulierbaren Schwankungen, die sowohl hinsichtlich der Lohnhöhe als auch relativ zur Lohn- und Gehaltssumme bestehen, variabel anpassen kann. Wenn der Arbeitgeber auf diese Änderungen, die für die Bemessung des übertariflichen Geldzulagenvolumens unumgänglich sind, reagieren kann und man den „Geldtopf“ als variable, statt als abgeschlossene Größe ansieht, ist die heute herrschend vertretene „Topftheorie“ durchaus praxisgerecht.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, daß der Umfang des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten übertariflichen Geldzulagenvolumens („Geldtopfes“) nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegt.

³²³ So aber Trittin, AiB 1988, S. 81, 84.

³²⁴ Ähnlich auch Galperin/Löwisch, BetrVG, § 87 Rn. 226 d); GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 835 ff.

³²⁵ So aber z.B. Schirge/Trittin, AiB 1990, S. 227, 234.

2. Mitbestimmung bei den Verteilungskriterien übertariflicher Geldzulagen

Der Betriebsrat kann zwar nicht über den Umfang des übertariflichen Geldzulagenvolumens mitbestimmen, gleichwohl steht ihm aber nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei den Verteilungskriterien zu.³²⁶ Durch die ergänzende Zahlung übertariflicher Geldzulagen zum tariflichen Arbeitsentgelt wird die Struktur des Lohnes verändert, da sich das Effektivgehalt des Arbeitnehmers nunmehr aus verschiedenen Entgeltbestandteilen zusammensetzt.³²⁷ Somit werden durch diese neue Entlohnungsmethode des Arbeitgebers Fragen der betrieblichen Lohngestaltung tangiert, die eine Mitbestimmung des Betriebsrates auslösen.³²⁸ Der Betriebsrat hat darüber mitzubestimmen, nach welchen Kriterien sich die Höhe der übertariflichen Geldzulagen und deren Verhältnis zueinander bestimmen soll, wobei sämtliche Gesichtspunkte der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit Beachtung finden müssen.³²⁹

3. Mitbestimmung beim Zweck übertariflicher Geldzulagen

Das Bundesarbeitsgericht und die überwiegende Meinung im Schrifttum halten die Zweckbestimmung bei zusätzlichen Entgeltleistungen (also auch übertariflichen Geldzulagen) für einen wesentlichen Bestandteil der mitbestimmungsfreien arbeitgeberseitigen Entscheidung.³³⁰ Dies gilt jedenfalls für

³²⁶ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. 1. b) und 2. a) und b) der Gründe; AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter II. 1. der Gründe m.w.N.; AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. IV. 3. der Gründe; Goos, NZA 1986, S. 701; Hönsch, BB 1988, S. 2312, 2313; Hromadka, DB 1986, S. 1921; Kappes, DB 1986, S. 1520.

³²⁷ Siehe dazu in Teil 2: A. I. 3. die verschiedenen Regelungsmodelle hinsichtlich übertariflicher Geldzulagen.

³²⁸ Zur Änderung der betrieblichen Lohngestaltung vgl. GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 812 ff. und 823; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 87 Rnn. 478 ff. und 484 ff.; Richardi, BetrVG, § 87 Rnn. 824 ff.; Matthes, NZA 1987, S. 289, 293.

³²⁹ MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 333 Rn. 30.

³³⁰ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie unter B. II. 1. der Gründe; AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter 1. b) der Gründe; im Zusammenhang mit der betrieblichen Altersversorgung vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung unter II. B. 5. und 6. der Gründe; AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung unter II. B. 2. der Gründe; AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung unter II. B. 1. der Gründe; AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung unter II. B. 2. der Gründe; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 87 Rn. 226 b); GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 839 und 864; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 87 Rnn. 512 und 515; Richardi, BetrVG, § 87 Rnn. 47 und 835; Hromadka, DB 1986, S. 1921, 1924; Löwisch/Röder, Anm. zu BAG, SAE 1983, S. 16; Misera, gemeins. Anm. zu BAG, AP Nrn. 4 und 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Bl. 4, 5.

deren generelle Zweckbestimmung.³³¹ Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber daher beispielsweise nicht verlangen, daß dieser eine in bestimmter Höhe verbindlich zugesagte Gratifikation in einen normalen Lohnbestandteil umwandelt.³³² Andernfalls könnte der Arbeitgeber nämlich sonst im Wege der betrieblichen Zwangsschlichtung nach § 76 Abs. 5 BetrVG gezwungen werden, das für einen bestimmten Zweck zur Verfügung gestellte Geldvolumen für einen anderen Zweck zu verwenden, den er überhaupt nicht vorgesehen hat. Eine derartige Lohnpolitik ist dem Betriebsrat jedoch nicht zu gestatten.³³³ Das Mitbestimmungsrecht umfaßt aus diesem Grund nur die Modalitäten im Rahmen der generellen Zweckvorgaben des Arbeitgebers, einschließlich der Grundsätze für die Verteilung der übertariflichen Geldzulagen³³⁴ und des Verfahrens zur Leistungsbeurteilung.³³⁵ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß es in der Praxis oftmals Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen den mitbestimmungspflichtigen Kriterienbestimmungen und den mitbestimmungsfreien generellen Zweckvorgaben des Arbeitgebers geben kann.³³⁶ Je feinsinniger nämlich die Zweckfestsetzung des Arbeitgebers erfolgt, desto geringer ist der Spielraum des Betriebsrates für die Kriterienfestsetzung.³³⁷ Dies läßt sich an einem Beispiel veranschaulichen, bei dem der Arbeitgeber übertarifliche Geldzulagen im Gesamtvolumen von DM 15.000.- pro Monat an seine Arbeitnehmer vergeben will. Als Zweck der Geldzulage gibt er den Ausgleich besonderer Erschwernisse bei einer genau beschriebenen Tätigkeit an. Dieser Fall verdeutlicht, daß dem Betriebsrat bei der Zweckbestimmung der Geldzulage keine Gestaltungsräume mehr verbleiben, innerhalb derer er im Rahmen seines Mitbestimmungsrechtes weitere Kriterien für die Vergabe der Zulage festsetzen könnte.

Die Zweckbestimmung des Arbeitgebers darf jedoch nicht so weit gehen, daß sie praktisch schon die Verteilung der übertariflichen Geldzulagen (ohne die Mitbestimmung des Betriebsrates) regelt. Die Erstellung von Kriterien zur Verteilung dieser Gelder unterliegt nämlich dessen Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.³³⁸ Würde man dem Betriebsrat im Rahmen der arbeit-

³³¹ So Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 87 Rn. 441; Richardi, BetrVG, § 87 Rn. 835; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 333 Rn. 42; eine individuelle Zweckbestimmung würde nämlich zum Ausschluß aller Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei der näheren Ausgestaltung der Leistung führen, so Dieterich, NZA 1984, S. 273, 275.

³³² GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rn. 839; so auch Jahnke, ZfA 1980, S. 863, 894.

³³³ Vgl. auch M. Schwab, BB 1993, S. 495.

³³⁴ Z.B. Beurteilungskriterien für Leistungsstufen, Jedzig, DB 1991, S. 753 ff.

³³⁵ Jedzig, DB 1991, S. 859 ff.

³³⁶ Vgl. Pfarr, BB 1983, S. 2001, 2003.

³³⁷ Siehe zum entsprechenden Problem hinsichtlich des begünstigten Personenkreises Meisel, BB 1991, S. 406, 411; M. Schwab, BB 1993, S. 495 ff.

³³⁸ Siehe Teil 2: D. IV. 2.

geberseitigen Zweckvorgabe, die auch die Verteilung der Zulagengelder mit einschließt, keinen Gestaltungsraum zugestehen, würde beziehungsweise könnte dies zu einem völligen Ausschluß seines Mitbestimmungsrechtes führen. Die Grenze für die Möglichkeit des Arbeitgebers, den Zweck der übertariflichen Geldzulage mitbestimmungsfrei festzulegen, ist demnach dort zu ziehen, wo er mit seiner Zweckvorgabe bewußt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Verteilung der Geldmittel umgehen will.

4. Mitbestimmung beim begünstigten Personenkreis übertariflicher Geldzulagen

Mit der Zweckbestimmung der übertariflichen Geldzulagen eng verbunden ist die Entscheidung des Arbeitgebers, welchen Personenkreis er durch diese freiwillige Leistung begünstigen will. Die Festlegung des begünstigten Personenkreises, die einen Unterfall der Zweckbestimmung darstellt, gehört nach der Rechtsprechung und der überwiegenden Auffassung in der Literatur ebenfalls zur Lohnpolitik des Arbeitgebers und damit zum mitbestimmungsfreien Bereich.³³⁹ Andernfalls wäre es nämlich für den Betriebsrat möglich, durch eine von ihm erzwungene Ausweitung des begünstigten Personenkreises den Zweck der Leistung zu verändern und damit unzulässig lohnpolitischen Einfluß auf die Zweckbestimmung der übertariflichen Geldzulagen zu nehmen.³⁴⁰ Ebenso wie bei der Zweckbestimmung, obliegt es dem Arbeitgeber bei der Festlegung des von der Zulagenregelung begünstigten Personenkreises, diesen nur nach generellen Kriterien abzugrenzen. Da die Bestimmung des begünstigten Personenkreises zur Ausgestaltung der übertariflichen Geldzulagen und somit zur Lohngestaltung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gehört, muß dem Betriebsrat bei einer arbeitgeberseitigen individuellen Bestimmung von einer Reihe von Arbeitnehmern oder bei der Bildung von einer Vielzahl von Arbeitnehmergruppen, denen jeweils ein eigener Dotierungsrahmen für die übertariflichen Leistungen zugeordnet wird, ein Mitbestimmungsrecht verbleiben; andernfalls würde das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG leerlaufen. Zu beachten ist, daß die Freiheit des Arbeitgebers bei der generellen Kriterienbestimmung des für Geldzulagen in Frage kommenden Personenkreises faktisch aufgrund lohnpolitischer Zwänge und rechtlich durch den Gleichbehandlungsgrundsatz³⁴¹ stark begrenzt ist. Die vom Arbeitgeber vorzunehmende Gleichbehandlung bei der

³³⁹ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie unter B. II. 1. der Gründe; AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter 1. b) der Gründe; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 87 Rn. 226 c); Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 87 Rn. 512; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 333 Rn. 43; Westhoff, DB 1980, S. 1260, 1261; a.A. Herbst, DB 1987, S. 738, 740 f.

³⁴⁰ So Hanau, BB 1976, S. 91, 92.

³⁴¹ Zum Gleichbehandlungsgrundsatz siehe Teil 2: E.

Auswahl des zu begünstigenden Personenkreises unterliegt insoweit einer Rechtskontrolle nach § 70 Abs. 1 Nr. 2 und § 75 Abs. 1 BetrVG.

5. Initiativrecht des Betriebsrates

Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 BetrVG umfaßt nach der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur grundsätzlich auch ein Initiativrecht, das heißt, daß auch der Betriebsrat Initiative für eine Regelung ergreifen und zu deren Erreichung nötigenfalls die Einigungsstelle gemäß § 76 Abs. 5 BetrVG anrufen kann.³⁴² Das Bundesarbeitsgericht geht unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien³⁴³ davon aus, daß § 87 Abs. 1 BetrVG dem Betriebsrat ein Initiativrecht gebe.³⁴⁴ Eine paritätische Mitwirkung, wie sie § 87 Abs. 1 BetrVG vorsehe, sei erst dann gewährleistet, wenn der Betriebsrat auch die Initiative für eine Regelung ergreifen könne. Nur dann könne der Arbeitgeber dessen Mitwirkungsmöglichkeiten nicht durch Passivität ausschalten.³⁴⁵ Das Initiativrecht könne aber nicht weiter reichen als das Mitbestimmungsrecht, aus dem es abgeleitet ist und dessen Verwirklichung es dient.³⁴⁶ Folglich ende es dort, wo das Mitbestimmungsrecht selbst endet.³⁴⁷

a) Initiativrecht bei der Einführung übertariflicher Geldzulagen

aa) Auffassung der Rechtsprechung und der Rechtslehre

Wie bereits dargestellt, unterliegt die Höhe des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten übertariflichen Geldzulagenvolumens nicht der Mitbestimmung des Betriebsrates. Dessen Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1

³⁴² Vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972; AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht; AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit; AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 87 Rn. 26; Richardi, BetrVG, § 87 Rnn. 65 ff. m.w.N., 899, 914 und 922 f.; Lederer, Das Initiativrecht, S. 125 ff.; Wiese, Das Initiativrecht, S. 59 ff.; Badura, WiR 1974, S. 1, 21 ff.; Bichler, DB 1979, S. 1939, 1941; Dütz, DB 1972, S. 383, 388; Föhr, ArbuR 1975, S. 353, 361 f.; Rumpff, ArbuR 1972, S. 65, 71; Vogt, DB 1975, S. 1025, 1029 f.

³⁴³ BT-Drucksache VI/1806, S. 6 f.

³⁴⁴ So BAG, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 unter II. 2. der Gründe.

³⁴⁵ Vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 unter II. 2. der Gründe; siehe auch Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 87 Rnn. 477 und 553 ff.; v. Hoyningen-Huene, BetrVerfR, S. 203 f.

³⁴⁶ So BAG, AP Nr. 3 zu § 98 ArbGG 1979 unter B. II. 4. der Gründe; Söllner, ArbR, S. 184; Wiese, Das Initiativrecht, S. 66; Lieb, ZfA 1978, S. 179, 193.

³⁴⁷ So BAG, AP Nr. 3 zu § 98 ArbGG 1979 unter B. II. 4. der Gründe; Richardi, ZfA 1976, S. 1, 43.

Nr. 10 BetrVG sind insofern Schranken gesetzt.³⁴⁸ Deshalb kann der Arbeitgeber auch nicht durch dieses Mitbestimmungsrecht und letztlich durch einen Spruch der Einigungsstelle nach § 76 Abs. 5 BetrVG vom Betriebsrat zur Erbringung solcher Leistungen gezwungen werden. Gleichwohl kann dieser aber nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts und der herrschenden Meinung im Schrifttum die Einführung übertariflicher Geldzulagen aufgrund seines Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG verhindern.³⁴⁹

Dabei wird von einem Teil der Rechtsprechung und Teilen des Schrifttums vertreten, das in § 87 Abs. 1 BetrVG grundsätzlich gewährte Initiativrecht scheide im speziellen Fall der übertariflichen Geldzulageneinführung aus; hier stehe dem Betriebsrat nur ein Vetorecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu. Der Arbeitgeber dürfe übertarifliche Geldzulagen nur mit Zustimmung des Betriebsrates einführen. Das „Ob“ dieser Leistungen bleibe in diesem Sinne mitbestimmungspflichtig.³⁵⁰ Die Einführung der Zulagenregelung könne daher am Widerstand des Betriebsrates scheitern, wenn der Widerstand nicht durch einen Spruch der Einigungsstelle nach § 76 Abs. 5 BetrVG überwunden werden könne.³⁵¹

Der andere Teil der Rechtsprechung und Teile des Schrifttums sind der Auffassung, daß zwar das Initiativrecht grundsätzlich bestehen bleibe, sich aber eine Begrenzung aus dem Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG selbst ergebe.³⁵² Könnte der Betriebsrat nämlich selbst die Initiative

³⁴⁸ Siehe Teil 2: D. IV. 1.

³⁴⁹ Vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie unter B. II. 3. der Gründe; AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie unter III. 3. der Gründe; AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972; AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang unter B. III. 1. der Gründe; AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang unter B. II. 2. der Gründe; AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. 2. c) der Gründe; AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter 1. b) der Gründe; AP Nr. 10 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter I. 4. der Gründe; AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. 2. a) der Gründe; AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter II. 4. c) der Gründe; AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit unter B. II. 3. d) der Gründe; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 87 Rn. 444; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 87 Rnn. 226 a) und i); GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 864 und 949 ff.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 87 Rn. 487; Richardi, BetrVG, § 87 Rn. 899; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 333 Rn. 22; Herbst, DB 1987, S. 738, 741; Matthes, NZA 1987, S. 289, 293; Westhoff, DB 1980, S. 1260, 1261; a.A. Eich, DB 1980, S. 1340, 1342; Lieb, ZfA 1988, S. 413, 415.

³⁵⁰ GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 864 m.w.N. und 949 ff.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 87 Rn. 487 m.w.N.

³⁵¹ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie unter B. II. 1. der Gründe; AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie unter III. 2. und 3. der Gründe; AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. 2. c) der Gründe.

³⁵² Vgl. z.B. Herbst, DB 1987, S. 738, 741; Westhoff, DB 1980, S. 1260, 1261; im Zusammenhang mit der Einführung von Kurzarbeit vgl. z.B. BAG, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit unter B. II. 3. d) der Gründe.

zur Neubegründung übertariflicher Geldzulagen ergreifen, würde das Mitbestimmungsrecht in seiner Hauptzielrichtung die Eigentumsposition des Arbeitgebers schmälern.³⁵³ Dies werde jedoch durch die Ordnungsfunktion des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht gedeckt und widerspreche dem System betrieblicher Mitbestimmung.³⁵⁴ Auch nach dieser Ansicht ist es dem Betriebsrat deshalb nur möglich, durch ein Vetorecht die Einführung übertariflicher Geldzulagen zu verhindern.

Eine Mindermeinung im Schrifttum vertritt demgegenüber die Ansicht, daß es dem Betriebsrat im Rahmen seines Mitbestimmungsrechtes aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG verwehrt sei, die Einführung übertariflicher Geldzulagen seitens des Arbeitgebers durch ein Vetorecht zu verhindern.³⁵⁵ *Thüsing* steht auf dem Standpunkt, daß gegen ein solches Vetorecht die Übertragung der Schranken der §§ 87 Abs. 1 Nr. 8 und 88 Nr. 2 BetrVG durch systematische Interpretation auf den Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG spreche. Da es allgemeine Meinung sei, daß der Betriebsrat die Einführung einer Sozialeinrichtung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG nicht verhindern könne,³⁵⁶ müsse bei der Übertragung der Schranken des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG auf § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG die Mitbestimmungsfreiheit auch hier gelten. Es leuchte nicht ein, weshalb der Betriebsrat eine betriebliche Sozialleistung in Form einer betrieblichen Sozialeinrichtung nicht verhindern können soll, wohl aber in Form einer Direktzusage.³⁵⁷ Darüber hinaus hält *Thüsing* ein Vetorecht des Betriebsrates für einen unzulässigen Eingriff in die lohnpolitische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers. Lohnpolitik sei dessen Sache, nicht die des Betriebsrates. Dessen Befugnisse bestünden vielmehr nur darin, die lohnpolitischen Arbeitgeberentscheidungen gerecht in das Gefüge der betrieblichen Entlohnung einzufügen, wobei die Angemessenheit und die Durchsichtigkeit des innerbetrieblichen Lohngefüges und die Wahrung der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit sichergestellt werden sollten.³⁵⁸ Könnte der Betriebsrat die Entgeltung eines bestimmten Arbeitnehmerverhaltens verhindern, so würde dies ebenso einen Eingriff in die Lohnpolitik des Arbeitgebers darstellen, als wenn er diese Entgeltung erzwingen könnte. „In beiden Fällen werden dem Arbeitgeber zentrale Steuerungsmechanismen der Beeinflussung seiner Arbeits- und Pro

³⁵³ Westhoff, DB 1980, S. 1260, 1261.

³⁵⁴ Siehe Westhoff, DB 1980, S. 1260, 1261.

³⁵⁵ Vgl. Thüsing, DB 1997, S. 1130, 1133 f.; ebenso Beckers, NZA 1997, S. 129, 130, jedoch ohne Begründung.

³⁵⁶ Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 87 Rn. 413; GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rn. 705; Löwisch, BetrVG, § 87 Rn. 95; vgl. auch die amtliche Begründung BR-Drucks. 715/70, S. 49: „Nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates unterliegt die Entscheidung des Arbeitgebers, ob er Sozialeinrichtungen errichten will“.

³⁵⁷ So Thüsing, DB 1997, S. 1130, 1134.

³⁵⁸ Vgl. z.B. Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 87 Rnn. 401 f. m.w.N.

duktionsstrukturen genommen. Hinsichtlich beider Fälle kann es daher kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht geben“.³⁵⁹

bb) Stellungnahme

Meines Erachtens ist es dem Betriebsrat im Rahmen seines Mitbestimmungsrechtes aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht gestattet, die Einführung übertariflicher Geldzulagen seitens des Arbeitgebers durch ein Vetorecht zu verweigern. Das „Ob“ der Leistung muß mitbestimmungsfrei bleiben. Es erscheint nicht einleuchtend und ist inkonsequent, wenn das Bundesarbeitsgericht und die herrschende Meinung im Schrifttum dem Betriebsrat hier ein Vetorecht einräumen. Die Funktion eines Vetorechts ist wohl darin zu sehen, dem Betriebsrat wenigstens die Möglichkeit zu eröffnen, freiwillige Arbeitgeberleistungen zu verhindern, wenn er mit den mitbestimmungsfreien Vorgaben, insbesondere über die Höhe und die Abgrenzung des begünstigten Personenkreises sowie bezüglich des Zwecks nicht einverstanden ist. Ein solches Vetorecht müßte dann wohl als Ersatz für die wegen der Freiwilligkeit nicht bestehende Mitbestimmungszuständigkeit des Betriebsrates verstanden werden. Durch diese Funktion des Vetorechts könnte der Betriebsrat jedoch gegen den Grundsatz der lohnpolitischen Entscheidung, die dem Arbeitgeber vorbehalten ist, verstoßen. Wie bereits angesprochen, ist es Sache des Arbeitgebers, Lohnpolitik in seinem Unternehmen zu betreiben. Betriebliche Lohnpolitik ist dem Betriebsrat verwehrt. Kann der Betriebsrat aber verhindern, daß der Arbeitgeber übertarifliche Geldzulagen einführt, so stellt dieses Verhalten ebenso einen Eingriff in die Lohnpolitik des Arbeitgebers dar, als wenn dieser zur Erbringung der Zulagengelder vom Betriebsrat über die Einigungsstelle gezwungen werden kann.³⁶⁰ Insoweit ist der Argumentation *Thüsing* zu folgen.

Es bestehen auch praktische Überlegungen gegen ein Vetorecht des Betriebsrates. Falls nämlich dieser bei der arbeitgeberseitigen Einführung übertariflicher Geldzulagen seine Zustimmung verweigert, muß man sich fragen, wie der Arbeitgeber dann in der arbeitsrechtlichen Praxis weiter vorgehen soll. Der Arbeitgeber müßte gemäß § 76 Abs. 5 BetrVG die Einigungsstelle anrufen, deren Spruch dann die verweigerte Zustimmung des Betriebsrates ersetzen könnte. Ein solcher Spruch würde indessen die Regelungskompetenz der Einigungsstelle voraussetzen. Da nach allgemeiner Auffassung die Zuständigkeit der Einigungsstelle jedoch nicht weiterreichen kann als die Mitbestimmungskompetenz des Betriebsrates, muß man der Einigungsstelle die Regelungskompetenz hinsichtlich einer arbeitgeberseitig beantragten Einfüh-

³⁵⁹ So Thüsing, DB 1997, S. 1130, 1134.

³⁶⁰ Sinngem. ebenso Thüsing, DB 1997, S. 1130, 1134.

zung übertariflicher Geldzulagen absprechen.³⁶¹ Dies hätte die rechtliche Konsequenz - würde man dem Betriebsrat bei der Einführung übertariflicher Geldzulagen ein Vetorecht einräumen - daß der Arbeitgeber diese freiwilligen Leistungen auch mit Hilfe der Einigungsstelle gegenüber einem widerstrebenden Betriebsrat nicht durchsetzen könnte.

Räumt man bei der Einführung übertariflicher Geldzulagen durch den Arbeitgeber dem Betriebsrat ein Vetorecht ein und ist dessen verweigte Zustimmung auch nicht durch einen Spruch der Einigungsstelle zu ersetzen, besteht die Gefahr, daß der Betriebsrat sein Vetorecht zu einer faktischen Mitbestimmung des an sich mitbestimmungsfreien Dotierungsrahmens verwenden könnte. Will der Arbeitgeber unter allen Umständen übertarifliche Geldzulagen einführen, könnte er durch das Vetorecht des Betriebsrates nämlich indirekt gezwungen werden, in dessen Sinne die Zulagengelder mit einer etwas geänderten oder einer zusätzlichen Zweckbestimmung zu versehen und/oder sie einem veränderten begünstigten Personenkreis zuzuordnen. Ist der Arbeitgeber zu solchen Kompromissen nicht bereit, müßte er unter Umständen auf die Einführung übertariflicher Zulagengelder wegen des Vetos des Betriebsrates ganz verzichten. Will der Arbeitgeber dagegen hinsichtlich der Zweckbestimmung und des begünstigten Personenkreises von vornherein keine Kompromisse mit dem Betriebsrat eingehen, so besteht bei einem Vetorecht des Betriebsrates die Gefahr, daß der Arbeitgeber von der Einführung übertariflicher Zulagengelder Abstand nimmt und ganz auf sie verzichtet.

Schließlich muß man sich fragen, ob ein Vetorecht des Betriebsrates bei der Einführung übertariflicher Geldzulagen durch den Arbeitgeber unter Berücksichtigung arbeitnehmerschutzrechtlicher Gesichtspunkte überhaupt geboten erscheint. Bedenkt man bei der Einführung dieser Gelder die Gefahr der faktischen Mitbestimmung des Betriebsrates, so erscheint dies sehr zweifelhaft. Mancher Arbeitgeber wird sich nämlich unter diesen Umständen gewiß „zweimal“ überlegen, ob er künftig noch einmal übertarifliche Geldzulagen an seine Belegschaft gewähren wird. Außerdem ist zu bedenken, daß durch die Einführung übertariflicher Zulagengelder die davon betroffenen Arbeitnehmer finanziell begünstigt werden. Weshalb sollte der Betriebsrat bei dieser Einführung also seine Zustimmung, außer aus Gründen der Einflußnahme auf die dem Arbeitgeber vorbehaltene generelle Zweckbestimmung der übertariflichen Geldzulagen und/oder die Bestimmung des von den Zulagen zu begünstigenden generellen Personenkreises, verweigern? Ein Vetorecht des Betriebsrates ist dem Arbeitnehmerschutz somit mit Sicherheit eher hinderlich als dienlich.

Aus den genannten Gründen steht dem Betriebsrat bei der Einführung übertariflicher Geldzulagen durch den Arbeitgeber kein Zustimmungsverweige-

³⁶¹ Im Ergebnis ebenso Lieb, ZfA 1988, S. 413, 445.

rungsrecht (Vetorecht) zu. Auch hinsichtlich der generellen Zweckbestimmung der übertariflichen Geldzulagen und der Festlegung des davon begünstigten generellen Personenkreises steht aufgrund eines fehlenden Mitbestimmungsrechtes dem Betriebsrat kein Initiativrecht zu, weil darin ein Eingriff in den geschützten Kernbereich unternehmerischer Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers läge.³⁶²

b) Initiativrecht bei der näheren Ausgestaltung übertariflicher Geldzulagen

Soweit bei der Gewährung übertariflicher Geldzulagen dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, insbesondere hinsichtlich der näheren Ausgestaltung dieser Leistungen, wie den Modalitäten im Rahmen der generellen Zweckbestimmung, einschließlich der Grundsätze für die Verteilung der Gelder und des Verfahrens zur Leistungsbeurteilung verbleibt, steht ihm auch ein Initiativrecht zwecks dieser Ausgestaltung zu. Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber bereits übertarifliche Geldzulagen eingeführt hat. In diesen Fällen kann der Betriebsrat sein Initiativrecht ausüben und vom Arbeitgeber verlangen, die Ausgestaltung der Zulagengelder zu verändern, selbst dann, wenn der Betriebsrat bei ihrer Einführung nicht eingeschaltet wurde.³⁶³ Der Betriebsrat kann seine Vorstellungen zur näheren Ausgestaltung der übertariflichen Geldzulagen nötigenfalls auch über die Einigungsstelle durchsetzen, die auf dessen Antrag diese Frage verbindlich entscheidet, § 76 Abs. 5 BetrVG. Diese Entscheidung der Einigungsstelle bindet den Arbeitgeber jedoch nicht hinsichtlich seiner Entscheidung, ob er die übertariflichen Geldzulagen überhaupt gewähren will. Entspricht nämlich die auf diese Weise mitbestimmte Ausgestaltung der übertariflichen Geldzulagen nicht den Vorstellungen des Arbeitgebers, kann dieser, trotz des Spruches der Einigungsstelle, noch immer von der Gewährung dieser Leistungen ganz absehen. Lediglich wenn und solange der Arbeitgeber die übertariflichen Geldzulagen gewährt, ist er an den Spruch der Einigungsstelle gebunden.³⁶⁴ Andererseits kann auch der Arbeitgeber die Einigungsstelle anrufen und so versuchen, eine Ausgestaltung der übertariflichen Geldzulagen zu erreichen, die seinen Vorstellungen entspricht oder doch wenigstens nahekommt.

³⁶² Vgl. Teil 2: D. IV. 1. c).

³⁶³ So auch Hanau, BB 1977, S. 350, 354.

³⁶⁴ Sinngem. BAG, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie.

E. Die Beachtung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Gewährung übertariflicher Geldzulagen

I. Vorbemerkung

Die Beachtung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes begrenzt die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers hinsichtlich übertariflicher Geldzulagenzahlungen an die Arbeitnehmer. Die große Bedeutung dieses Grundsatzes zeigt sich in diesem Zusammenhang gerade bei neu in den Betrieb eintretenden Arbeitnehmern, die unter Zugrundelegung dieses Grundsatzes in den Genuß übertariflicher Geldzulagen aufgrund einer Gesamtzusage oder einer betrieblichen Übung kommen können.

II. Geltungsgrundlage der Gleichbehandlungspflicht

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, dessen Adressat der einzelne Arbeitgeber ist, ist strikt zu unterscheiden vom Gleichheitssatz des Art. 3 GG, der nur staatliche und andere normsetzende Organe bindet. Allerdings wird er durch Art. 3 GG inhaltlich geprägt, da der grundlegende Rechtsgedanke dieses Verfassungsartikels, identisch mit dem des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist.³⁶⁵

Für die rechtsdogmatische Fundierung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes sind in der Rechtslehre verschiedene Modelle entwickelt worden. Dabei muß zwischen den drei wohl wichtigsten Erklärungsmodellen unterschieden werden: Während *Bötticher* den maßgeblichen Gesichtspunkt für die Fundierung im Vollzug einer selbstgesetzten Norm durch den Arbeitgeber sieht,³⁶⁶ ist *G. Hueck* der Ansicht, daß die rechtsdogmatische Begründung im Bestehen eines Gemeinschaftsverhaltens liegt, das durch die Zugehörigkeit zur Belegschaft eines Betriebes begründet wird.³⁶⁷ *Söllner* hingegen stellt entscheidend auf die Machtposition des Arbeitgebers gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern ab und sieht deshalb die rechtsdogmatische Begründung darin, daß der Arbeitgeber seine Gestaltungsmacht gemäß § 315 Abs. 1 BGB im Zweifel nach billigem Ermessen auszuüben habe, wozu auch die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gehöre.³⁶⁸

³⁶⁵ Bydlinski, Gleichheitsgrundsatz, S. 18 f.; Lieb, ArbR, S. 32; MünchArbR-Bd. 1, Richardi, § 14 Rn. 6; grundlegend dazu G. Hueck, Gleichmäßige Behandlung, S. 2 f., 95 ff. und 151 ff.; a.A. Zöllner/Loritz, ArbR, S. 216.

³⁶⁶ Bötticher, Gleichbehandlung und Waffengleichheit, S. 54 ff.; RdA 1953, S. 161 ff.; ders., RdA 1957, S. 317 ff.

³⁶⁷ G. Hueck, Gleichmäßige Behandlung, S. 127 ff. und 169 ff.

³⁶⁸ Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 135 f.; ders., Arbeitsrecht in der Verfassungsordnung, S. 357 f.

Im Gegensatz zu diesen von der Rechtslehre entwickelten Erklärungsmodellen³⁶⁹ vertritt das Bundesarbeitsgericht die Ansicht, daß der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz seine Geltung unmittelbar aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 GG erlangt und er inhaltlich durch diesen Gleichheitssatz bestimmt wird.³⁷⁰

Obwohl in der Rechtsprechung und in der Literatur verschiedene Auffassungen hinsichtlich der rechtsdogmatischen Fundierung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bestehen,³⁷¹ ist seine Geltung im individuellen Arbeitsrecht unbestritten und Grundlage zahlreicher wichtiger Entscheidungen der Arbeitsgerichte geworden.³⁷² In der arbeitsrechtlichen Praxis werden durch ihn maßgeblich Arbeitgeberentscheidungen gerade in Betrieben mit einer größeren Belegschaft geprägt. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist infolge bundeseinheitlichen Gewohnheitsrechts anerkannt und hat seine positivrechtliche Anerkennung inzwischen in § 2 Abs. 1 BeschFG von 1985 sowie in § 75 BetrVG gefunden.³⁷³

III. Einheitlicher Charakter und Inhalt

Die Pflicht zur Gleichbehandlung erfordert ein betriebsbezogenes (objektiv feststellbares), einheitlich ausgerichtetes Verhalten des Arbeitgebers.³⁷⁴ Dieses Verhalten hat dann einen betrieblich einheitlichen Charakter, wenn von den betreffenden Maßnahmen des Arbeitgebers mehrere Arbeitnehmer betroffen sind und der Arbeitgeber zu erkennen gibt, daß er bei diesen Maßnahmen nach gewissen Regeln vorgeht. Stellt der Arbeitgeber für sein eigenes Verhalten eine allgemeine Norm auf, handelt er insoweit einheitlich.³⁷⁵ In der Praxis ist die Abgrenzung zwischen einzelvertraglichen Vereinbarungen und Regelungen mit einheitlichem Bezug zuweilen schwierig. Bei der Ver-

³⁶⁹ Eine kritische Auseinandersetzung zu diesen Erklärungsmodellen zur Rechtsgrundlage des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes siehe bei Egger, Gestaltungsrecht und Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 15 ff.

³⁷⁰ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 18 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung unter B. I. 2. a) der Gründe.

³⁷¹ Ausführlich zu den vertretenen Theorien und zu der dogmatischen Einordnung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes vgl. Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 10 ff.; Blomeyer, FS für G. Müller, S. 51 ff.

³⁷² Vgl. z. B. BAG, AP Nr. 10 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes; AP Nrn. 39, 44, 53, 58, 67, 68, 83, 130 und 132 bis 134 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; AP Nrn. 184 und 186 zu § 611 BGB Gratifikation; AP Nr. 7 zu § 1 BAT-O; AP Nr. 143 zu § 1 Tarifverträge: Metallindustrie; AP Nr. 31 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung.

³⁷³ Siehe GK-BetrVG, Kreutz, § 75 Rn. 33; v. Hoyningen-Huene, Rechtsfortbildung, S. 353, 362; Lieb, ArbR, S. 32.

³⁷⁴ Brox/Rüthers, ArbR, S. 91 f.; Zöllner/Loritz, ArbR, S. 217 f.

³⁷⁵ Siehe Böttcher, RdA 1953, S. 161, 162 ff.

wendung von Formularverträgen oder bei der Inbezugnahme Allgemeiner Arbeitsbedingungen im schriftlichen Arbeitsvertrag handelt es sich regelmäßig um Vereinbarungen mit einheitlichem Charakter. Einzelvertragliche Individualvereinbarungen können unter bestimmten Umständen auch einen einheitlichen Bezug erkennen lassen, wobei es entscheidend auf den Inhalt der getroffenen Vereinbarung ankommt. Dabei ist zunächst zu beachten, daß von der Pflicht zur Gleichbehandlung der reine Individualbereich, in dem die Arbeitsvertragsparteien Arbeitsbedingungen entsprechend ihren Interessen und Bedürfnissen einzeln aushandeln können, nicht erfaßt wird.³⁷⁶ Auch im Arbeitsrecht hat die Vertragsfreiheit Vorrang vor einer Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer. Wenn aber die Individualvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein allgemeines innerbetriebliches Prinzip erkennen lassen, sind sie an der vom Arbeitgeber selbst aufgestellten einheitlichen Ordnung zu messen,³⁷⁷ wodurch dann der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zum Tragen kommt. Der Arbeitgeber kann den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nicht dadurch umgehen, daß er beispielsweise nach außen hin bestimmte Sonderleistungen nur zum Schein individuell jedem Gruppenmitglied einzeln zusagt, um so den Eindruck einer Individualleistung zu erwecken, während er in Wirklichkeit kollektivbezogen und nach Gruppengesichtspunkten, das heißt, ohne Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse des einzelnen Leistungsempfängers, vorgeht.

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt nicht die schematische Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer, sondern ist rechtstechnisch als Verbot unsachlicher Differenzierungen im Sinne einer sachfremden Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen zu verstehen.³⁷⁸ Praktisch wichtig ist die Gleichbehandlung, insbesondere bei der Gewährung (ebenso bei der Kürzung oder Streichung) von Gratifikationen, Ruhegeldern, Lohnzulagen³⁷⁹ und ähnlichen Sozialleistungen in Form arbeitsvertraglicher Einheitsregelungen, Gesamtzusagen und betrieblichen

³⁷⁶ Dazu Lieb, ArbR, S. 32 f.; Beispiele hierfür bei Brox/Rüthers, ArbR, S. 91.

³⁷⁷ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 117 zu Art. 3 GG; AP Nrn. 76 und 102 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

³⁷⁸ Std. Rspr. des BAG, seit BAG, AP Nr. 3 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; vgl. z.B. BAG, AP Nr. 4 zu § 242 BGB Gleichbehandlung unter II. der Gründe; AP Nr. 76 zu § 242 BGB Gleichbehandlung unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 121 zu § 242 BGB Gleichbehandlung unter I. 1. der Gründe; weitere Rechtsprechungsnachweise bei Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 75 Rn. 22; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 75 Rn. 24; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 75 Rnn. 22 f.; GK-BetrVG, Kreutz, § 75 Rn. 33; Brox/Rüthers, ArbR, S. 89; MünchArbR-Bd. 1, Richardi, § 14 Rnn. 20 f.; Schaub, ArbR, S. 969 f.; Zöllner/Loritz, ArbR, S. 220 f.

³⁷⁹ Vgl. BAG, AP Nrn. 32, 37, 58 und 64 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

Übungen³⁸⁰ sowie bei freiwilligen linearen Lohnerhöhungen zum Ausgleich von Preissteigerungen³⁸¹.

IV. Rechtswirkung bei einem Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz

Im Falle der Gewährung übertariflicher Geldzulagen ist der Arbeitgeber unter Berücksichtigung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht berechtigt, einem Arbeitnehmer eine übertarifliche Geldzulage vorzuenthalten, wenn diese an einen Teil oder an die gesamte Belegschaft im Betrieb gezahlt wird.³⁸² Die von der Geldzulagenregelung ausgenommenen und damit benachteiligten Arbeitnehmer können vom Arbeitgeber somit verlangen, die ihnen unzulässig vorenthaltenen Zulagengelder rückwirkend vom Zeitpunkt des Entstehens der Ungleichheit an nachgezahlt zu bekommen sowie für die Zukunft mit den begünstigten Arbeitnehmern „gleichgestellt“ zu werden.

1. Rechtliche Konstruktion eines Anspruches auf übertarifliche Geldzulagen

Rechtsprechung und Literatur gehen seit langem davon aus, daß ein Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz die Verletzung einer Pflicht aus dem Einzelarbeitsverhältnis darstellt, wodurch dem einzelnen Arbeitnehmer Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber erwachsen können.³⁸³ Hinsichtlich des Anspruches auf Gleichbehandlung wird vereinzelt ein Anspruch auf Schadensersatz in Betracht gezogen, wobei der Arbeitgeber den Zustand herstellen müßte, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 S. 1 BGB), er also seine Pflicht zur Gleichbehandlung erfüllt hätte.³⁸⁴ Eine schadensersatzrechtliche Lösung erscheint jedoch nicht brauchbar, weil der Anspruch einerseits verschuldensabhängig wäre und andererseits unter Umständen auch an der Kausalität scheitern könnte. Der Arbeitgeber könnte zum Beispiel einwenden, daß er bei der Unterlassung der Differenzierung die übertarifliche Geldzulage überhaupt nicht gewährt hätte. Einen Schadensersatzanspruch aus § 823

³⁸⁰ Vgl. BAG, AP Nrn. 15, 31, 39, 44 und 66 bis 68 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

³⁸¹ Vgl. BAG, AP Nrn. 15, 36, 40, 42, 44, 47, 51 und 76 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

³⁸² Siehe hierzu BAG, AP Nr. 39 zu § 242 BGB Gleichbehandlung unter I. 1. a) und b) der Gründe; AP Nr. 40 zu § 242 BGB Gleichbehandlung unter 2. a) der Gründe.

³⁸³ Vgl. z.B. BAG, AP Nrn. 54 und 76 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; Lieb, ArbR, S. 33; Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 107 ff.; MünchArbR-Bd. 1, Richardi, § 14 Rnn. 35 und 36; Hartmann, Gleichbehandlung und Tarifautonomie, S. 261 f. mit weiteren Nachweisen in Fnn. 29 bis 31; Schaub, ArbR, S. 973 f.; Zöllner/Loritz, ArbR, S. 223; a.A. v. Schnorr Carolsfeld, ArbR, S. 173, jedoch ohne nähere Begründung.

³⁸⁴ MünchArbR-Bd. 1, Richardi, § 14 Rn. 36.

Abs. 2 BGB herzuleiten,³⁸⁵ ist ebenfalls ausgeschlossen, da der Gleichbehandlungsgrundsatz, ähnlich wie § 242 BGB, kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist. Zudem hat das Bundesarbeitsgericht festgestellt, daß ein Anspruch auf Gleichbehandlung nicht verschuldensabhängig ist, sondern bei jeder objektiven Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes entsteht.³⁸⁶ Demzufolge ist ein unmittelbar auf Erfüllung gerichteter Anspruch im Sinne des § 612 Abs. 2 BGB anzunehmen. Bei Leistungen wie den freiwilligen übertariflichen Geldzulagen läßt sich dieser Erfüllungsanspruch aus der Treuepflicht des Arbeitgebers ableiten.³⁸⁷

2. Gleichbehandlung unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers

In dem Verständnis des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes als Benachteiligungsverbot erscheint die „Angleichung“ der von der arbeitgeberseitigen Geldzulagenregelung ausgenommenen Arbeitnehmer an die von dieser Regelung begünstigten Arbeitnehmer sowohl für die Vergangenheit als auch für die Zukunft in den Fällen plausibel und nachvollziehbar, in denen nur einzelne Arbeitnehmer benachteiligt werden und auf Gleichbehandlung pochen. Die wirtschaftlichen Belastungen, die hier auf den Arbeitgeber zukommen, werden diesem in aller Regel zumutbar sein.³⁸⁸

Fraglich ist, ob diese rechtliche Lösung auch dann zu befürworten ist, wenn von der Geldzulagenregelung eine Vielzahl von Arbeitnehmern oder sogar ganze Arbeitnehmergruppen (zum Beispiel Arbeiter gegenüber Angestellten) ausgenommen und damit benachteiligt werden. Falls ein finanziell benachteiligter Arbeitnehmer seinen Gleichbehandlungsanspruch gerichtlich erfolgreich gegen den Arbeitgeber durchsetzt und dies im Kreise seiner Kollegen bekannt wird, ist zu erwarten, daß ein solcher Musterprozeß eine „Lawine“ von Folgeverfahren ebenfalls benachteiligter Arbeitnehmer auslöst. Hierdurch würde ein Kumulationseffekt erzeugt, der in der genannten Fallkonstellation dazu führen könnte, einen Arbeitgeber durch die Vielzahl der auf die Gleichbehandlung drängenden Arbeitnehmer schwerwiegenden finanziellen Komplikationen auszusetzen. Ein Beispiel mag dieses verdeutlichen: Geht man in einem fiktiven Fall davon aus, daß ein Arbeitgeber in seinem Betrieb etwa 100 Arbeitnehmern schon seit einem längeren Zeitraum übertarifliche Geldzulagen gewährt, er aber aufgrund des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes eigentlich noch 40 weiteren Arbeitnehmern diese

³⁸⁵ Siehe Schaub, ArbR, S. 974.

³⁸⁶ So BAG, AP Nr.18 zu § 1 BetrAVG unter B. II. der Gründe.

³⁸⁷ So Schaub, ArbR, S. 974; Zöllner/Loritz, ArbR, S. 224.

³⁸⁸ Vorausgesetzt, die übertariflich gewährten Geldzulagen sind nicht überdimensioniert, weil sonst eine „Angleichung“ den Arbeitgeber in den finanziellen Ruin treiben könnte.

Gelder sowohl rückwirkend als auch zukünftig zahlen müßte, so könnte die rechtliche Schlußfolgerung, nun diesen Arbeitnehmern gleichfalls den Genuß der übertariflichen Geldzulagen zukommen zu lassen, gerade im Hinblick darauf, daß diese Zulagen ein finanzielles Volumen von bis zu 50 % des Tariflohnes ausmachen können,³⁸⁹ für die wirtschaftliche Existenz des Betriebes bedrohliche Auswirkungen haben.³⁹⁰ Noch gravierender würde sich anhand dieses Beispiels die mißliche finanzielle Lage für den Arbeitgeber darstellen, wenn die Mehrheit der Arbeitnehmer Gleichstellung mit der Minderheit verlangen würde.

Es ist zwar richtig, daß die Gewährung übertariflicher Geldzulagen immer mit finanziellen Aufwendungen verbunden ist, jedoch bleibt zu bedenken, daß der Arbeitgeber bei der Entscheidung zugunsten der Vergabe dieser Gelder die auf ihn zukommenden erhöhten finanziellen Aufwendungen genau berechnet und versucht, den von ihm abgesteckten Dotierungsrahmen nicht zu überschreiten. Den übertariflichen Geldzulagen liegt in der Regel ein genauer Leistungs- und Verteilungsplan zugrunde, aufgrund dessen der Arbeitgeber die finanziellen Auswirkungen für sein Unternehmen (ungefähr) vorhersehen kann. Würde der Arbeitgeber aber, wie im geschilderten fiktiven Fall, durch die Gleichbehandlung mit erheblichen finanziellen Zusatzkosten belastet, so würde der für die übertariflichen Geldzulagen bereitgestellte Dotierungsrahmen mit noch nicht absehbaren wirtschaftlichen Folgen ausgeweitet. Im Extremfall könnte dies den finanziellen Ruin des Arbeitgebers zu Folge haben.

Aufgrund der finanziell gewichtigen Konsequenzen, die sich aus der „Ungleichbehandlung“ der Arbeitnehmer hinsichtlich der übertariflichen Geldzulagen sowohl auf der Arbeitnehmer-, aber gerade auch auf der Arbeitgeberseite ergeben (können), muß man sich fragen, ob der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz schlechthin nur als Anspruchsgrundlage für die „Nichtbedachten“ aufzufassen ist oder wie sich *Maute* ausdrückt, „Gleichbehandlung nicht als absoluter Wert aufgefaßt werden darf, sondern ihre Rechtswirkung mit der wirtschaftlichen Potenz des Betriebes und der grundsätzlichen freien Vorgabe des Arbeitgebers, ob und wieviel er im Rahmen seiner wirtschaftlichen und unternehmerischen Gestaltungsfreiheiten an freiwilligen Leistungen ausgeben will, korreliert und dadurch auch gewissen Eingrenzungen unterworfen sein muß“.³⁹¹ In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob bei einer Vielzahl finanziell benachteiligter Arbeitnehmer, die bei der Geldzulagenverteilung unzulässigerweise nicht bedacht

³⁸⁹ Vgl. dazu Schirge/Trittin, AiB 1990, S. 227 f.; Trittin, ArbuR 1991, S. 329.

³⁹⁰ Wie aufgezeigt, kann der Arbeitgeber aber auch bei der „Angleichung“ von nur wenigen Arbeitnehmern finanziell erheblich belastet werden, nämlich dann, wenn die übertariflichen Geldzulagen einen prozentual hohen Anteil des Effektivlohnes ausmachen.

³⁹¹ Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 109.

wurden, bereits im ersten (Muster-) Prozeß eines auf Gleichbehandlung klagenden einzelnen Arbeitnehmers berücksichtigt werden sollte, welche Auswirkungen insbesondere finanzieller Art die entsprechende gerichtliche Geltendmachung des Gleichbehandlungsanspruches durch alle Betroffenen hätte.

Bevor jedoch auf diese Fragen näher eingegangen wird, ist zunächst zu untersuchen, ob der einzelne oder die einzelnen Arbeitnehmer - ohne den gerichtlichen Klageweg beschreiten zu müssen - mit Hilfe des Betriebsrates den Anspruch auf Gleichbehandlung gegenüber dem Arbeitgeber durchsetzen kann beziehungsweise können. Schließlich hat der Betriebsrat nach §§ 70 Abs. 1 Nr. 2 und 75 Abs. 1 BetrVG eine Rechtskontrolle hinsichtlich der Gleichbehandlung und demzufolge möglicherweise das Recht, im Wege der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, vom Arbeitgeber eine Erhöhung des Dotierungsrahmens, nötigenfalls über die Einigungsstelle nach § 76 Abs. 5 BetrVG, zu verlangen, um so die finanzielle Gleichbehandlung der benachteiligten Arbeitnehmer zu erzielen. Aus der Lösung dieser Problematik, die unmittelbar einen Aufschluß über die mögliche Kostenbelastung des Arbeitgebers gibt, könnten eventuell Rückschlüsse auf die Umsetzung der Gleichbehandlung im Arbeitsgerichtsverfahren gezogen werden.

Im Schrifttum sind hinsichtlich der hier aufgeworfenen Fragen im Zusammenhang mit dem Dotierungsrahmen von Sozialleistungen, wie betrieblichen Ruhegeldern, Gratifikationen und Zusatzversorgungen, verschiedene Lösungsmodelle angeboten worden.³⁹² Auch die Rechtsprechung, die im Zusammenhang mit Jahressonderzuwendungen nicht verkannte, daß dann, wenn eine Mehrzahl von Arbeitnehmern aus Gründen der Gleichbehandlung anspruchsberechtigt ist, sich eine erhebliche finanzielle Belastung für den Arbeitgeber ergeben kann, bot Lösungen an.³⁹³ Bevor auf die einzelnen Lösungsvorschläge näher eingegangen wird, ist vorab zu klären, ob diese Lösungen überhaupt auf übertarifliche Geldzulagen entsprechend anwendbar sind, da sie nur im Zusammenhang mit Sozialleistungen entwickelt worden sind.

Zu den Sozialleistungen, unter denen alle Geld-, Sach- und Dienstleistungen, „die ein Unternehmen über das Entgelt für Arbeitsleistungen hinaus an einzelne oder die Gesamtheit der Arbeitnehmer erbringt“, zu verstehen sind,³⁹⁴ zählen betriebliche Ruhegelder, Gratifikationen oder Zusatzversorgungen. Hierzu gehören auch übertarifliche Geldzulagen, welche die Arbeitnehmer in

³⁹² Vgl. dazu den Schrifttumsüberblick bei Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 110 ff.; ausführlich dazu in Teil 2: E. IV. 2. a) aa), bb) und cc).

³⁹³ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 66 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

³⁹⁴ Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Bd. 22, S. 174.

Form von Jubiläumsgeldern³⁹⁵, Mietzuschüssen³⁹⁶ oder Gratifikationen, die an die Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit gekoppelt sind³⁹⁷, erhalten. Dagegen sind zum Beispiel Erschwerniszulagen oder Leistungszulagen nicht den Sozialleistungen zuzuordnen, da sie jeweils im unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis zur erbrachten Arbeitsleistung stehen. Es gibt jedoch keine Gründe, die gegen eine rechtliche Gleichbehandlung der Dotierungsrahmen von Sozialleistungen (das heißt, auch sozial determinierten übertariflichen Geldzulagen) und den unmittelbar leistungsbezogenen übertariflichen Geldzulagen sprechen. Die Vergleichbarkeit der Dotierungsrahmen von beispielsweise betrieblichen Ruhegeldern und den unmittelbar leistungsbezogenen übertariflichen Geldzulagen zeigt sich auch in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die im Zusammenhang mit der Kürzung der Ruhe- beziehungsweise der Zulagengelder deutliche Parallelen aufweist.³⁹⁸

Die von Rechtsprechung und Schrifttum im Zusammenhang mit Sozialleistungen entwickelten Lösungsmodelle bezüglich einer den Arbeitgeber finanziell erheblich belastenden „Angleichung“ von „nichtbedachten“ Arbeitnehmern wegen Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes können somit auch auf die Fälle bezogen werden, in denen der Arbeitgeber bei der Vergabe übertariflicher Geldzulagen Arbeitnehmer ungleich behandelt.

a) Die Umsetzung der Gleichbehandlung im Mitbestimmungsverfahren

aa) Die Konzeption von *Birk*: Gleichbehandlung durch Erhöhung des Dotierungsrahmens bis zur finanziellen Unzumutbarkeitsgrenze des Arbeitgebers

Birk befaßt sich im Zusammenhang mit der betrieblichen Altersversorgung fast ausschließlich mit der außergerichtlichen Verwirklichung der Gleichbehandlung im Mitbestimmungsverfahren. Er vertritt die Auffassung, daß sich

³⁹⁵ Siehe hierzu BAG, AP Nr. 25 zu § 77 BetrVG 1972.

³⁹⁶ Vgl. BAG, AP Nr. 22 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

³⁹⁷ Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972.

³⁹⁸ Zur Kürzung übertariflicher Geldzulagen vgl. z.B. BAG, AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Lufthansa; AP Nr. 2 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie; AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle; AP Nr. 20 zu § 611 BGB Direktionsrecht; AP Nrn. 10 und 11 zu § 315 BGB; AP Nr. 75 zu § 611 BGB Gratifikation; AP Nrn. 4 und 8 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag; AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung; AP Nr. 2 zu § 2 KSchG 1969; AP Nrn. 5 und 6 zu § 611 BGB Lohnzuschläge; zur Kürzung betrieblicher Ruhegelder vgl. z.B. BAG, AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt; AP Nrn. 7 und 9 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen; AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung; zu Parallelen bei der Kürzung betrieblicher Ruhegelder und übertariflicher Geldzulagen siehe Teil 3: A. III. 2. c) aa).

die finanzielle „Angleichung“ der „nichtbedachten“ Arbeitnehmer, unabhängig von der Belastung des Arbeitgebers, nicht innerhalb dessen ursprünglich zur Verfügung gestellten Dotierungsmasse zu bewegen brauche, da der Arbeitgeber nicht bessergestellt werden dürfe, als diejenigen ungleich behandelten Arbeitnehmer, die im Rahmen eines Urteilsverfahrens gegen den Arbeitgeber auf Gleichbehandlung geklagt und obsiegt hätten.³⁹⁹ *Birk* räumt dem Betriebsrat im Rahmen seiner Rechtmäßigkeitskontrolle hinsichtlich der Gleichbehandlung nach § 75 Abs. 1 BetrVG deshalb nicht nur ein freiwilliges, sondern erzwingbares Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Bestimmung des Gesamtdotierungsrahmens ein.⁴⁰⁰ Deswegen könnte sich seiner Ansicht nach infolge einer solchen Rechtmäßigkeitskontrolle der Umfang der Gesamtdotierung auch vergrößern. So müsse es der Arbeitgeber hinnehmen, daß seine Kostenbelastung so lange steige, bis die Unzumutbarkeitsgrenze aus finanziellen Gründen erreicht sei. Eine finanzielle Unzumutbarkeit liege stets vor, wenn der Betrieb bei Erhöhung des Gesamtdotierungsrahmens in eine wirtschaftliche Notlage im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 BetrAVG gerate.⁴⁰¹ In solchen Fällen genieße der Erhalt des Betriebes mit den damit verbundenen Arbeitsplätzen den Vorrang.⁴⁰² *Birk* schlägt in den Fällen wirtschaftlicher Notlagen vor, daß die Erhöhung des Dotierungsrahmens, wie dies die volle Umsetzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes fordern würde, nicht in dem für die Gleichbehandlung erforderlichen Umfang oder zumindest nicht sofort vorgenommen werden sollte.⁴⁰³ Unterhalb der Schwelle wirtschaftlicher Notlagen nimmt er an, sei die Grenze einer finanziellen Unzumutbarkeit nicht abstrakt zu ziehen; vielmehr hänge diese von den Umständen des Einzelfalles ab.⁴⁰⁴ Hinsichtlich der Grenzziehung der Unzumutbarkeitsgrenze greift *Birk* auf das subjektive Element der Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 Abs. 1 BGB bei der Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zurück. Je schwerer die Verantwortung für die arbeitgeberseitige Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes wiege, desto zumutbarer sei die daraus resultierende finanzielle Belastung für den Arbeitgeber. Als Beispiel dafür nennt *Birk* eine vom Arbeitgeber erlassene Ruhegeldregelung, die Frauen von der Bezugsberechtigung ganz oder teilweise ausschließt. Hier hätte der Arbeitgeber wissen müssen, daß eine Diskriminierung der Frauen rechtswidrig

³⁹⁹ *Birk*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats, S. 94 f.; a.A. Hilger/Stumpf, FS für G. Müller, S. 209, 219; Schaub, NJW 1982, S. 362, 366.

⁴⁰⁰ *Birk*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats, S. 94.

⁴⁰¹ Zum Tatbestand der wirtschaftlichen Notlage siehe ausführlich Hilger, Ruhegeld, S. 254, 266 ff.; vgl. auch Teil 3: A. VII. 2. c).

⁴⁰² *Birk*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats, S. 129; siehe auch Hilger/Stumpf, FS für G. Müller, S. 209, 218.

⁴⁰³ So *Birk*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats, S. 129.

⁴⁰⁴ *Birk*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats, S. 130.

ist.⁴⁰⁵ Obwohl *Birk* dies nicht ausdrücklich ausführt, ist seinen Überlegungen zu entnehmen, daß er in diesem Fall dem Arbeitgeber eine Kostenbelastung bis zur Grenze der wirtschaftlichen Notlage auferlegen würde.⁴⁰⁶

Anders beurteilt er die Erhöhung des Dotierungsrahmens und eine damit verbundene arbeitgeberseitige Kostenbelastung, wenn eine Ruhegeldregelung bezüglich der Differenzierung von Arbeitnehmergruppen erst in die Rechtswidrigkeit „hineinwachse“. Dies sei der Fall, wenn sich beispielsweise hinsichtlich der Gleichbehandlung von Angestellten und Arbeitern allmählich die Verkehrsanschauung ändere und deshalb noch keine eindeutige Rechtslage existiere. Hier hält *Birk* eine Erhöhung des Dotierungsrahmens für den Arbeitgeber dann für finanziell unzumutbar, wenn sie sofort vorgenommen werden soll. Er will deshalb dem Arbeitgeber einen gewissen Anpassungszeitraum zugestehen, damit sich dieser auf die Umstellung, beispielsweise durch Rücklage zusätzlicher finanzieller Mittel, vorbereiten könne.⁴⁰⁷

bb) Die Konzeption von *Bauschke* und *Hilger/Stumpf*: Gleichbehandlung unter Aufrechterhaltung des Dotierungsrahmens

Auch *Bauschke* und *Hilger/Stumpf* untersuchen im Zusammenhang mit Sozialleistungen, ebenso wie *Birk*, die außergerichtliche Verwirklichung der Gleichbehandlung durch den Betriebsrat im Wege des Mitbestimmungsverfahrens.⁴⁰⁸ Sie sind der Ansicht, daß sich die Vollziehung der Gleichbehandlung innerhalb des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Geldvolumens abspielen müsse.⁴⁰⁹ Sie begründen ihre ablehnende Haltung gegenüber einer Ausdehnung des Dotierungsrahmens im Mitbestimmungsverfahren einerseits mit dem Argument, daß dieser Rahmen vom Arbeitgeber allein zu bestimmen sei,⁴¹⁰ andererseits, daß der Arbeitgeber nicht seiner aus Art. 2 und 14 GG resultierenden Entscheidungsfreiheit beraubt werden dürfe.⁴¹¹ Es müsse der arbeitgeberseitigen Dispositionsfreiheit überlassen bleiben, wieviel Geld als „freiwillige“ Leistung ausgeschüttet werden soll.⁴¹²

⁴⁰⁵ *Birk*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats, S. 130.

⁴⁰⁶ Vgl. *Birk*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats, S. 130.

⁴⁰⁷ *Birk*, Die Mitbestimmung des Betriebsrat, S. 130.

⁴⁰⁸ *Bauschke*, RdA 1985, S. 72, 75; *Hilger/Stumpf*, FS für G. Müller, S. 209, 219.

⁴⁰⁹ *Bauschke*, RdA 1985, S. 72, 75; *Hilger/Stumpf*, FS für G. Müller, S. 209, 219.

⁴¹⁰ So *Hilger/Stumpf*, FS für G. Müller, S. 209, 219.

⁴¹¹ *Bauschke*, RdA 1985, S. 72, 75.

⁴¹² *Bauschke*, RdA 1985, S. 72, 75.

cc) Die Konzeption von *Maute*: Gleichbehandlung unter Berücksichtigung der gegensätzlichen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmern

Maute ist der Auffassung, daß sich eine sachgerechte Lösung bezüglich der Gleichbehandlung nur unter der Berücksichtigung, der Beachtung und dem Ausgleich der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen ergebe.⁴¹³ Auch *Maute* untersucht den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und dessen entsprechende Vollziehung fast uneingeschränkt unter mitbestimmungsrechtlichen Gesichtspunkten. Bevor auf seinen Lösungsvorschlag näher eingegangen wird, soll zunächst auf die von ihm geäußerte Kritik an den zwei anderen - bereits geschilderten - Lösungsmodellen eingegangen werden.

Für *Maute* markieren beide Lösungsmodelle Extremstandpunkte, wobei im ersten Modell die Umsetzung der Gleichbehandlung zum Nachteil der Arbeitnehmer geschehe, während im zweiten Modell die Gleichbehandlung durch einen internen Arbeitnehmer-Ausgleich erzielt werden solle.⁴¹⁴

Das erste Modell, bei dem die Gleichbehandlung durch eine Erhöhung des Dotierungsrahmens bis zur finanziellen Unzumutbarkeitsgrenze des Arbeitgebers realisiert werden soll, hält *Maute* wegen „der für den Arbeitgeber unter Umständen schmerzlichen und weitreichenden Folgen“ für zu weitgehend.⁴¹⁵ Allerdings verweist er im Zusammenhang mit der Grenze der Unzumutbarkeit auf den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz: „Geld hat man zu haben“ hin. Als Hauptkritikpunkt an einer erzwungenen Ausdehnung des Dotierungsrahmens zur Erreichung der Gleichbehandlung sieht *Maute* jedoch die Gefahr einer gerichtlichen Unternehmenskontrolle. „Es bestünde die Gefahr einer Aushöhlung der unternehmerischen Freiheiten und der Grundstein für eine richterliche Wirtschafts- beziehungsweise Unternehmenskontrolle wäre gelegt“.⁴¹⁶ Schließlich äußert *Maute* rechtspolitische Bedenken im Falle einer zu starken finanziellen Inanspruchnahme des Arbeitgebers bei der Regulierung von Verletzungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Würden bei der fehlerhaften Vergabe der freiwilligen Leistungen die arbeitgeberseitigen Rechtsfolgen in einer Kostenbelastung bis zur finanziellen Unzumutbarkeitsgrenze liegen, sei davon auszugehen, daß die Arbeitgeber mit diesen Leistun-

⁴¹³ Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 116 f.; er bezieht seine Problemlösung, anders als die zwei anderen Lösungsmodelle, nicht nur auf betriebliche Ruhegelder, sondern auf alle freiwillige Sozialleistungen und andere positive Leistungen, also auch auf übertarifliche Geldzulagen; vgl. Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 108.

⁴¹⁴ Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 113 ff.

⁴¹⁵ Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 114.

⁴¹⁶ Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 114.

gen zukünftig „sehr restriktiv umgehen, sie regelmäßig auf dem niedrigsten Niveau ansiedeln und im Extremfall sogar gänzlich unterlassen werden“.⁴¹⁷

Die Realisierung des zweiten Modells, bei dem unter Aufrechterhaltung des Dotierungsrahmens die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer durch eine Umverteilung der zur Verfügung gestellten Gelder vorgenommen werden soll, hält *Maute* für recht kompliziert. Als Begründung hierfür verweist er auf einen möglichen Vertrauensschutz der Privilegierten, wenn Gelder rückelos und über einen längeren Zeitraum vom Arbeitgeber gezahlt wurden. Die Geltendmachung eines solchen Vertrauensschutzes könne die Umverteilung der Gelder erschweren oder gar unmöglich machen.⁴¹⁸ Deshalb erachtet es *Maute* in diesem Fall für überlegenswert, daß das Gericht dem Arbeitgeber einen bestimmten Termin unter gleichzeitiger Fristsetzung auferlegt, zu dem die Gleichbehandlung hergestellt werden müsse. Bis zu diesem Termin gelte die Ungleichbehandlung fort.⁴¹⁹ Für eigentlich problematisch am zweiten Lösungsmodell hält *Maute* die Tatsache, daß der Gleichbehandlungsgrundsatz, „als ein rechtliches Instrument in den Händen der Arbeitnehmer“, in sein Gegenteil verkehrt würde, wenn die Rechtsfolgen einer durchgeführten Gleichbehandlung nicht mehr den Arbeitgeber trafen, sondern die Belegschaft. Außerdem glaubt er, der Arbeitgeber achte bei der Ausschüttung positiver Leistungen von sich aus weniger auf die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, weil „die Regulierung zur ‚Sache der Arbeitnehmer untereinander‘ würde“.⁴²⁰

In seinem eigenen Lösungsmodell stellt *Maute* für die Frage, ob die Gleichbehandlung der „nichtbedachten“ Arbeitnehmer zu Lasten des Arbeitgebers oder zu Lasten der privilegierten Arbeitnehmer durch eine Erweiterung beziehungsweise durch eine Umverteilung der Dotierungsmasse durchzuführen ist, maßgeblich auf die Verantwortung des Arbeitgebers ab, bei der Verteilung der Gelder den Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten.⁴²¹ Wisse der Arbeitgeber oder hätte er wissen können, daß er bei Bestimmungserlaß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoße, so sei die Finanzmasse auf seine Kosten auszu dehnen.⁴²² Als Beispiel nennt dafür *Maute* eine rechtswidrige Gratifikationsordnung, die Frauen ausschließt. Bei diesem Beispiel findet er es sachgerecht, wenn das Gericht „billiges Ermessen“ im Sinne des § 315 BGB zu Lasten des Arbeitgebers durch Ausdehnung der Finanzierungsmasse

⁴¹⁷ Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 115.

⁴¹⁸ Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 115.

⁴¹⁹ Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 116.

⁴²⁰ Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 116.

⁴²¹ Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 117 f.

⁴²² Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 117.

ausübt.⁴²³ Anders beurteilt er dagegen Gratifikationsordnungen, „die sich bei uneinheitlicher und nicht eindeutiger Rechtsprechung erst langsam in die Rechtswidrigkeit hineinfressen beziehungsweise in diese hineinwachsen“. Bei diesem Beispiel will *Maute* dem verurteilten Arbeitgeber einen Anpassungszeitraum zugestehen, in dem sich dieser „beispielsweise durch Aufstockung finanzieller Mittel oder durch Bildung von Rücklagen auf den Zeitpunkt vorbereiten kann, ab welchem er, für den Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechende Verhältnisse zu sorgen hat“.

dd) Stellungnahme

Hat der Arbeitgeber bei der Gewährung übertariflicher Geldzulagen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz dadurch verletzt, daß eigentlich anspruchsberechtigte Arbeitnehmer bei der Verteilung dieser Gelder nicht bedacht wurden, so hat sich nach meinem Dafürhalten eine Umsetzung der Gleichbehandlung im Mitbestimmungsverfahren innerhalb des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Geldvolumens abzuspielen. Dies betrifft freilich nur die zukünftige Umsetzung der Gleichbehandlung. Geldzulagen, welche die Arbeitnehmer rückwirkend vom Zeitpunkt des Entstehens der Ungleichheit an vom Arbeitgeber verlangen, müssen sie dagegen gerichtlich geltend machen.⁴²⁴

Im Fall übertariflicher Geldzulagenzahlungen könnte die Vollziehung der Gleichbehandlung der von der Zulagenregelung ausgenommenen und damit benachteiligten Arbeitnehmer möglicherweise durch eine Erhöhung des Dotierungsrahmens, so wie von *Birk* und *Maute* befürwortet, realisiert werden. Falls der Arbeitgeber zur Erbringung zusätzlicher Geldmittel jedoch nicht bereit sein sollte,⁴²⁵ müßte man dem Betriebsrat im Zuge einer effektiven Rechtskontrolle der Gleichbehandlung nach § 70 Abs. 1 Nr. 2 und § 75 Abs. 1 BetrVG und zu deren Vollziehung notgedrungen ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht beim Dotierungsrahmen gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG einräumen, um so die Bereitsstellung weiterer Zulagengelder durchzusetzen.⁴²⁶ Diese Lösung erscheint vom Ergebnis her plausibel und praxisgerecht zu sein, wenn der Arbeitgeber nur einzelne Arbeitnehmer ungerechtfertigt

⁴²³ Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 118.

⁴²⁴ Siehe hierzu Teil 3: E. IV. 2. b).

⁴²⁵ Hiervon ist grundsätzlich auszugehen, da der Arbeitgeber in aller Regel den von ihm abgesteckten und im voraus genau berechneten Dotierungsrahmen nicht überschreiten will. Ausnahmen von dieser Grundannahme kann es unter Umständen jedoch dann geben, wenn die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Dotierungsmasse infolge der Gleichbehandlung nur geringfügig überschritten wird.

⁴²⁶ So Birk, Die Mitbestimmung des Betriebsrats, S. 94 ff. und 126 ff.; im Ergebnis auch Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 116 f.; ausführlich zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates beim Dotierungsrahmen übertariflicher Geldzulagen siehe Teil 3: D.

tigterweise von der Zulagenregelung ausgeschlossen hat und wenn infolge der vollzogenen Gleichbehandlung seine finanzielle Mehrbelastung nur gering ausfällt. Falls jedoch wie in dem oben dargestellten fiktiven Fall 40 Arbeitnehmer aus sachfremden Erwägungen von der Geldzulagenregelung ausgenommen wurden und sich diese Zulagengelder auf 50 % des Tariflohnes belaufen, kann die vom Betriebsrat erzwungene Erhöhung des Dotierungsrahmens zur Durchführung der Gleichbehandlung für den Arbeitgeber wirtschaftlich weitreichende Folgen haben, wenn nicht sogar zu dessen Existenzgefährdung führen. Dies gilt erst recht, wenn die Mehrheit der Arbeitnehmer Gleichstellung mit einer begünstigten Minderheit verlangen würde. In diesem Fall könnte die Gleichbehandlung durch die vom Betriebsrat erzwungene Erhöhung des Geldzulagenvolumens sogar den wirtschaftlichen Ruin des Arbeitgebers bedeuten. Aber nicht nur diese praktischen Erwägungen, sondern auch dogmatische Bedenken sprechen gegen eine Durchführung der Gleichbehandlung durch die Erhöhung des Dotierungsrahmens der übertariflichen Geldzulagen mittels eines erzwingbaren Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.

Wie bereits festgestellt wurde, ist die Bestimmung des Dotierungsrahmens eine mitbestimmungsfreie, von Art. 2 und 14 GG garantierte unternehmerische lohnpolitische Entscheidung des Arbeitgebers. Dieser kann nicht, auch nicht unter Beteiligung des Betriebsrates über die Einigungsstelle gezwungen werden, zusätzliche Geldmittel für übertarifliche Zulagen zur Verfügung zu stellen. Dies ist Ausdruck der allgemein anerkannten und zuvor bereits ausführlich erörterten „Topftheorie“.⁴²⁷ Wenn der Arbeitgeber also gemäß der „Topftheorie“ nicht gezwungen werden kann, den Dotierungsrahmen zu erhöhen, ist es mit dieser Theorie dogmatisch nicht zu vereinbaren und auch inkonsequent, daß eine solche Erhöhung aufgrund einer Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes möglich sein soll, wie dies von einigen Vertretern im Schrifttum⁴²⁸ gefordert wird.

Deshalb sind auch im Zusammenhang mit übertariflichen Geldzulagenzahlungen bezüglich der Umsetzung und Durchführung der Gleichbehandlung „ungleich“ behandelte Arbeitnehmer, die von *Birk* und *Maute* vorgeschlagenen „Lösungsmodelle“, welche eine Erhöhung des Dotierungsrahmens beinhalten, abzulehnen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die genannten Autoren die möglichen weitreichenden wirtschaftlichen Belastungen, die infolge ihrer, in dieser Art und Weise zu verstehenden und durchzuführenden Gleichbehandlung auf den Arbeitgeber zukommen, erkennen und auch in den jeweiligen Lösungsvorschlägen berücksichtigen.

⁴²⁷ Ausführlich zur „Topftheorie“ siehe Teil 2: D. IV. 1.

⁴²⁸ Welche die Gleichbehandlung so im Mitbestimmungsverfahren durchsetzen wollen.

So ergibt sich aus den Überlegungen *Birks* hinsichtlich der Umsetzung der Gleichbehandlung „nichtbedachter“ Arbeitnehmer, daß einerseits der Dotierungsrahmen der übertariflichen Zulagengelder im Mitbestimmungsverfahren nur bis zur Grenze der finanziellen Unzumutbarkeit (wirtschaftliche Notlage im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 BetrAVG) des Arbeitgebers ausgeweitet werden kann, andererseits die vom Arbeitgeber vorzunehmende Gleichbehandlung nicht unbedingt sofort, sondern nur bis zu einem bestimmten, vom Gericht festzusetzenden Termin, zu erfolgen hat. *Maute* stellt in seinem Lösungsmodell im Rahmen der vorzunehmenden Gleichbehandlung „nichtbedachter“ Arbeitnehmer im Hinblick auf die Erhöhung der Dotierungsmasse im Wege des Mitbestimmungsverfahrens maßgeblich auf die Verantwortung des Arbeitgebers ab, bei der Verteilung der Geldzulagen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Wisse der Arbeitgeber nicht, daß er gegen diesen verstoße, sei zwar die Finanzmasse trotzdem auf seine Kosten auszudehnen; *Maute* räumt dem Arbeitgeber jedoch in diesem Fall, ähnlich wie *Birk*, einen Anpassungszeitraum für die Umsetzung der Gleichbehandlung ein.

Wie die sich stark ähnelnden Auffassungen verdeutlichen, ist es in der Tat schwierig, bei der Umsetzung der Gleichbehandlung durch eine Erhöhung des Dotierungsrahmens festzustellen, wann die Grenze der arbeitgeberseitigen Kostenbelastung erreicht ist. Es ist zwar zu begrüßen, daß die vorstehenden Autoren eine uferlose Ausdehnung der Dotierungsmasse infolge der Gleichbehandlung durch die Grenzziehung bei Erreichen der finanziellen Unzumutbarkeit (wirtschaftliche Notlage im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 BetrAVG) verhindern wollen. Eine solche Grenze stets im Falle einer wirtschaftlichen Notlage anzuerkennen, sonst aber je nach Grad des Verschuldens bei der Nichtbeachtung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes einzelfallabhängig zu beurteilen,⁴²⁹ birgt Gefahren in sich.

Meiner Meinung nach geht es zu weit, die finanzielle Unzumutbarkeitsgrenze des Arbeitgebers erst dort zu ziehen, wo die Umsetzung der Gleichbehandlung eine wirtschaftliche Notlage heraufbeschwören würde. Auch wenn die Lösungsmodelle *Birks* und *Mautes* dem Arbeitgeber einen gewissen Anpassungszeitraum zugestehen, in dem dieser den wirtschaftlichen Umständen entsprechend Rechnung tragen kann, „zum Beispiel durch Rücklage zusätzlicher finanzieller Mittel“,⁴³⁰ sind dem Arbeitgeber Kosten in einem solch immensen Umfang in keinem Fall zuzumuten. Der oben dargestellte fiktive Fall, in dem 40 Arbeitnehmer ungerechtfertigterweise von der Geldzulagenregelung ausgenommen wurden und sich die Zulagengelder auf 50 % des Tariflohnes belaufen, verdeutlicht, welche beträchtliche Kostenbelastung auf den Arbeitgeber infolge der Umsetzung einer so verstandenen Gleichbehandlung zukommen könnte. Noch schwerer erweist sich die wirtschaftliche Belastung,

⁴²⁹ So Birk, Die Mitbestimmung des Betriebsrats, S. 130.

⁴³⁰ So Birk, Die Mitbestimmung des Betriebsrats, S. 130.

wenn die Mehrheit der Arbeitnehmer dieses Betriebes Gleichstellung mit der begünstigten Minderheit verlangen würde. In diesen Fällen müßte man dem Arbeitgeber unter Umständen einen jahrelangen „Anpassungszeitraum“ für die finanzielle Angleichung der „nichtbedachten“ Arbeitnehmer zugestehen. Der Vorschlag von *Birk*, die Anpassung durch eine Rücklage zusätzlicher Mittel vorzunehmen, kann für den Arbeitgeber in diesem Fall unter Umständen praktisch nahezu unmöglich sein. Arbeitet dieser Betrieb, wie ein Großteil aller Betriebe, nämlich in einem Gleichgewicht von Kosten und Gewinn oder sogar mit Verlusten, gibt es für den Arbeitgeber „nichts“ zum Zurücklegen.

Falls im Betrieb hingegen Geldreserven vorhanden sein sollten, die für die Gleichbehandlung verteilt werden könnten, besteht bei einer Ausdehnung des Dotierungsrahmens in dem genannten Ausmaß die Gefahr einer Unternehmenskontrolle durch die Einigungsstelle, sofern sich Arbeitgeber und Betriebsrat bezüglich der Umsetzung der Gleichbehandlung uneinig sind und aufgrund dessen einer von ihnen dieses betriebliche Schlichtungsorgan anruft (vergleiche § 76 Abs. 5 BetrVG).⁴³¹ Ist der Arbeitgeber mit der Entscheidung der Einigungsstelle nicht einverstanden und will er sie anfechten, kann deren Überprüfung im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren nach §§ 2 a Abs. 2 und 80 ArbGG gleichfalls zu einer solch unerwünschten Unternehmenskontrolle führen. *Maute* ist insoweit zuzustimmen, wenn er von der Gefahr einer „Aushöhlung der unternehmerischen Freiheiten“ spricht, und den „Grundstein für eine richterliche Wirtschafts- beziehungsweise Unternehmenskontrolle“ gelegt sieht.⁴³² Zwar kritisiert auch *Maute* den Vorschlag *Birks*, der die Ausdehnung des arbeitgeberseitigen Dotierungsrahmens bis zur Grenze der finanziellen Unzumutbarkeit vorschlägt, jedoch befürwortet er selbst in den von ihm gewählten Beispielen eine Ausdehnung der Finanzierungsmasse, wobei er aber die Grenze der finanziellen Kostenbelastung für den Arbeitgeber nicht näher definiert. In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, daß der von *Maute* deklarierte eigene Lösungsvorschlag gar kein eigener ist, sondern sich vielmehr inhaltlich mit dem von *Birk* deckt. Sogar die Beispielsfälle, die *Maute* für „seine“ Lösung bildet, entsprechen denen aus dem Lösungsmodell *Birks*.

Anders als bei einer „wirtschaftlichen Notlage“, bei der hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale (§ 7 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 BetrAVG) in Rechtsprechung und

⁴³¹ Zu den Wirkungen des Spruches der Einigungsstelle und der möglichen Anfechtung deren Entscheidung durch den Arbeitgeber vor dem Arbeitsgericht siehe Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 76 Rnn. 66 ff.; GK-BetrVG, Kreutz, § 76 Rnn. 102 ff.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 76 Rnn. 54 ff.

⁴³² Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 114.

Schrifttum weitgehend Einigkeit besteht,⁴³³ sind die Grenzen einer finanziellen Unzumutbarkeit unterhalb dieser Schwelle, wenn sie, wie erörtert, unter Verschuldensmaßstäben gezogen werden, zu abstrakt, fast sogar willkürlich. Die Feststellbarkeit und Nachweisbarkeit hinsichtlich des Grades des Verschuldens und der damit zusammenhängenden Kostenbelastung des Arbeitgebers wird sich in der Praxis als außerordentlich schwierig darstellen. Zudem ist es nicht nachvollziehbar, daß demjenigen Arbeitgeber, welchem ein gravierenderer Sorgfaltsverstoß bei der Gleichbehandlung vorzuwerfen ist als einem anderen (falls das nachweisbar sein sollte), auch eine bestimmte Kostenbelastung eher als diesem anderen zuzumuten ist. Bei einem Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB richtet sich die Höhe des zu ersetzenden Schadens auch nicht nach dem Grad des Verschuldens. Folglich ist deshalb auch aus Gründen der Rechtssicherheit eine Pflicht des Arbeitgebers zur Erhöhung des Dotierungsrahmens abzulehnen.

Im Zusammenhang mit der Bestimmung der finanziellen Unzumutbarkeitsgrenze ist schließlich aus betriebspolitischer Sicht noch folgendes zu bedenken: Jeder Arbeitgeber, der in der ständigen Angst leben muß, aufgrund einer fehlerhaften Vergabe übertariflicher Geldzulagen mit Kosten bis an die Grenze der finanziellen Unzumutbarkeit belastet zu werden, wird zukünftig gänzlich von einer Gewährung derartiger Zulagen absehen oder diese zumindest in einem geringen finanziellen Umfang halten. Um eine mögliche gravierende Kostenbelastung durch eine vom Betriebsrat erzwungene Erhöhung des Dotierungsrahmens zu verhindern, könnte sich der Arbeitgeber im äußersten Fall sogar genötigt sehen, die übertariflichen Geldzulagen derjenigen anspruchsberechtigten Arbeitnehmer zu streichen, die bis zu diesem Zeitpunkt in den Genuß dieser Gelder gekommen sind. Durch die Verringerung des bereits zur Verfügung gestellten Geldvolumens würde der Arbeitgeber ebenfalls für Gleichbehandlung sorgen. Diese Art der Gleichbehandlung, die meines Erachtens rechtlich zwar möglich wäre,⁴³⁴ entspräche mit Sicherheit aber weder den Arbeitgeber- noch den Arbeitnehmerinteressen. Die rechtlichen Konsequenzen hieraus könnten sich nämlich auf das Betriebsklima, auf die Arbeitsmoral der betroffenen Arbeitnehmer und auf die damit in engem Zusammenhang stehenden Produktionsergebnisse verheerend auswirken. Trotzdem könnte der Arbeitgeber durch die Streichung der gesamten übertariflichen Geldzulagen eine Erhöhung des Dotierungsrahmens als Folge einer Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes verhindern.

Wegen der hier aufgeführten Gründe hat die Gleichbehandlung derjenigen Arbeitnehmer, die von der Geldzulagengewährung ungerechtfertigterweise

⁴³³ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 4 zu § 242 BGB Ruhegehalt; AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Geschäftsgrundlage unter III. der Gründe; Hilger, Ruhegeld, S. 254, 266 ff.

⁴³⁴ Zu den rechtlichen Möglichkeiten, übertarifliche Geldzulagen teilweise oder gänzlich zu streichen, siehe ausführlich in Teil 3.

ausgenommen und „nicht bedacht“ wurden, nur durch eine nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtige Umverteilung der insgesamt zugesagten finanziellen Mittel, wie ebenfalls von *Bauschke* und *Hilger/Stumpf* befürwortet, zu erfolgen. Diese Lösung steht auch in rechtlichem Einklang mit der allgemein anerkannten „Topftheorie“. Der Kritik von *Maute*, der diese Art der Gleichbehandlung wegen eines möglichen Vertrauensschutzes der Privilegierten für zu kompliziert hält, ist nicht zu folgen. Ungeachtet dessen, aufgrund welcher Anspruchsgrundlage die Gewährung der übertariflichen Geldzulagen beruht, sei es der Arbeitsvertrag oder der Arbeitsvertrag in Verbindung mit Allgemeinen Arbeitsbedingungen, kann der Arbeitgeber diese Gewährung mit einem Widerrufsvorbehalt nach billigem Ermessen oder freiem Belieben versehen, der den Vertrauensschutz der privilegierten Arbeitnehmer erheblich einschränkt.⁴³⁵ Die übertariflichen Zulagengelder können aufgrund eines solchen Widerrufsvorbehaltes nämlich vom Arbeitgeber jederzeit gekürzt oder sogar ganz gestrichen werden.⁴³⁶ Auch dann, wenn die Arbeitnehmer einen Anspruch auf übertarifliche Geldzulagen aufgrund einer Betriebsvereinbarung haben, ist ihnen hinsichtlich dieses Anspruches nur ein eingeschränkter Vertrauensschutz zuzusprechen, da der Arbeitgeber die betreffende Betriebsvereinbarung ohne Angabe von Gründen mit einer Drei-Monats-Frist ordentlich kündigen (§ 77 Abs. 5 BetrVG) und die Geldzahlungen somit gänzlich einstellen kann. Im Falle der vorzunehmenden Gleichbehandlung der „nicht bedachten“ Arbeitnehmer können und müssen die „privilegierten“ Arbeitnehmer demnach sehr wohl mit einer Kürzung oder Streichung ihrer übertariflichen Geldzulagenzahlungen zwecks Umverteilung der Gelder rechnen.

b) Die Umsetzung der Gleichbehandlung im Klagewege

aa) Die Konzeption des Bundesarbeitsgerichts: Gleichbehandlung durch volle Kostenbelastung des Arbeitgebers

Das Bundesarbeitsgericht hatte im Zusammenhang mit freiwilligen zusätzlichen Arbeitgeberleistungen in seiner bisherigen Rechtsprechung bezüglich der Durchführung und der Durchsetzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ausschließlich Fälle zu beurteilen, in denen die einzelnen Arbeitnehmer die Gleichbehandlung jeweils im Klagewege erstreiten wollten. Die Frage, ob und wenn ja, wie der Betriebsrat die Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer im Betrieb außergerichtlich hätte erzielen können, blieb dagegen wegen fehlendem Entscheidungsbedarfes unbeantwortet.

⁴³⁵ Ausführlich zum Widerrufsvorbehalt in Teil 3: A. III. und IV.; zum betriebsvereinbarungsoffenen Arbeitsvertrag siehe Teil 3: A. IX. 3. und B. III. 2.

⁴³⁶ Ausführlich hierzu in Teil 3: A. III. und IV. und B. II. und III. 2.

Das Bundesarbeitsgericht vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, daß der Arbeitgeber, der bei der Schaffung neuer Zuwendungen im Bereich der betrieblichen Altersversorgung, der Gratifikationen und ähnlicher Sonderzuwendungen den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, die daraus resultierenden finanziellen Folgen in vollem Umfang zu tragen habe.⁴³⁷ Begrenzte das Bundesarbeitsgericht anfänglich noch diese möglicherweise gravierenden wirtschaftlichen Folgen, indem es davon ausging, daß die Mehrheit von Arbeitnehmern eines Betriebes keine Gleichstellung mit einer besser gestellten Minderheit oder sogar mit einzelnen wenigen begünstigten Arbeitnehmern verlangen könne,⁴³⁸ so revidierte es diese Ansicht in späteren Entscheidungen.⁴³⁹ Danach spiele es für die Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes und den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen keine Rolle, ob die Zahl der Arbeitnehmer, die der Arbeitgeber als begünstigt ansah, kleiner sei als die Zahl derjenigen, welche die „Kriterien“ erfüllten, aber vom Arbeitgeber übergangen worden seien und nun von diesem Gleichbehandlung fordern würden.⁴⁴⁰ In jüngster Zeit wird dieses Verständnis des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes und dessen entsprechende Durchführung jedoch insbesondere vom Landesarbeitsgericht Köln in Frage gestellt.⁴⁴¹ Dieses Landesarbeitsgericht steht auf dem Standpunkt, daß der Arbeitgeber mit der höheren Bezahlung eines einzelnen Arbeitnehmers, selbst wenn er sich dabei nach einem generalisierenden System richtet, nicht zu erkennen gebe, sich bei der Bezahlung aller übrigen Arbeitnehmer an entsprechenden Prinzipien orientieren zu wollen.⁴⁴² Deswegen können sich die finanziell „benachteiligten“ Arbeitnehmer nicht auf den arbeitsrechtlichen Gleich-

⁴³⁷ Vgl. BAG, AP Nr. 136 zu Art. 3 GG; AP Nr. 117 zu Art 3 GG unter B. I. 4. der Gründe; AP Nr. 39 zu § 242 BGB Gleichbehandlung unter I. a) und b) der Gründe; AP Nr. 40 zu § 242 BGB Gleichbehandlung unter 2. a) der Gründe; AP Nr. 44 zu § 242 BGB Gleichbehandlung unter II. 5. der Gründe; AP Nr. 66 zu § 242 BGB Gleichbehandlung unter I. 3. der Gründe; AP Nr. 7 zu § 1 BAT-O LS 1 und unter I. 2. der Gründe; AP Nr. 18 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung; AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969 unter I. 2. b) und c) der Gründe.

⁴³⁸ So z.B. BAG, AP Nr. 4 zu § 242 BGB Gleichbehandlung unter II. der Gründe; AP Nr. 5 zu § 242 BGB Gleichbehandlung unter 1. der Gründe.

⁴³⁹ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 66 zu § 242 BGB Gleichbehandlung unter I. 3. a) und b) der Gründe; AP Nr. 7 zu § 1 BAT-O LS 1 und unter I. 2. der Gründe.

⁴⁴⁰ So BAG, AP Nr. 66 zu § 242 BGB Gleichbehandlung unter I. 3. a) und b) der Gründe; obgleich nicht ausdrücklich ausgeführt, wohl auch BAG, AP Nr. 7 zu § 1 BAT-O LS 1 und unter I. 2. der Gründe; dem Urteil des 6. Senats vom 26.10.1995 lagen nämlich keine tatbestandlichen Feststellungen zugrunde wie das zahlenmäßige Verhältnis von begünstigten Arbeitnehmern zu benachteiligten Arbeitnehmern war.

⁴⁴¹ Siehe LAG Köln vom 3. 9.1997 - 2 (4) Sa 348/97 (n.v.); ähnliche Kritik auch von Lieb, ArbR, S. 33 f.

⁴⁴² So LAG Köln vom 3. 9.1997 - 2 (4) Sa 348/97 (n.v.).

behandlungsgrundsatz berufen und mittels des Klageweges vom Arbeitgeber die gleiche Vergütung wie der einzelne besser gestellte Arbeitnehmer verlangen.⁴⁴³

Folgt man dem Bundesarbeitsgericht und sind die Voraussetzungen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes erfüllt, ist der Arbeitgeber also verpflichtet, den benachteiligten Arbeitnehmern (selbst wenn nur ein einzelner ungleich behandelt wird), sofern diese auf Gleichbehandlung vor dem Arbeitsgericht klagen, in vollem Umfang die unzulässig vorenthaltenen übertariflichen Geldzulagen zu gewähren, und zwar rückwirkend vom Zeitpunkt des Entstehens der Ungleichbehandlung an. Die hierbei entstehende, möglicherweise gravierende Kostenbelastung für den Arbeitgeber hat das Bundesarbeitsgericht immerhin erkannt und zumindest in einem Fall Rechnung getragen, als es eine der Sachlage angepaßte finanzielle Übergangsregelung für diesen schuf.⁴⁴⁴ Im zugrunde liegenden Fall hatte der Arbeitgeber Arbeitern und Angestellten verschieden hohe Jahressonderzuwendungen gezahlt, seinen Dotierungsrahmen für Sozialleistungen aber durch freiwillige Sonderleistungen auf anderen Gebieten bereits ausgeschöpft. Das Bundesarbeitsgericht räumte dem Arbeitgeber hier eine Übergangsfrist zur Anpassung seiner Leistungsrichtlinien an den Gleichbehandlungsgrundsatz ein.⁴⁴⁵ Trotzdem entfällt auch durch eine solche Übergangsregelung hinsichtlich dieser übertariflichen Sonderzuwendungen weder die Gleichbehandlungspflicht für die Vergangenheit noch für die Zukunft. Vor allem ergeben sich aus dem Gleichbehandlungsgebot für den Arbeitgeber nach Ansicht der Arbeitsgerichtsbarkeit keine Befugnisse oder Möglichkeiten, bestehende Privilegien der Arbeitnehmer abzubauen, um so die Gleichheit aller auf dem niedrigeren oder auf einem mittleren Niveau herzustellen.⁴⁴⁶ So ist es dem Arbeitgeber nach dieser Rechtsprechung verwehrt, unter Berufung auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, einseitig von ihm freiwillig gewährte Zusatzleistungen zu kürzen oder zu widerrufen.⁴⁴⁷ Selbst eine Änderungskündigung, durch die solche Leistungen auf einem niedrigeren Niveau vereinheitlicht werden sollen, ist dem Arbeitgeber nicht gestattet.⁴⁴⁸

⁴⁴³ So LAG Köln vom 3. 9.1997 - 2 (4) Sa 348/97 (n.v.).

⁴⁴⁴ Vgl. BAG, AP Nr. 66 zu § 242 BGB Gleichbehandlung (Ergänzungsentscheidung zu BAG, AP Nr. 44 zu § 242 BGB Gleichbehandlung).

⁴⁴⁵ Vgl. BAG, AP Nr. 66 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

⁴⁴⁶ Siehe hierzu BAG, AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969 LS 1 und unter I. 2. c) der Gründe; LAG Stuttgart, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Lohnanspruch.

⁴⁴⁷ Vgl. LAG Stuttgart, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Lohnanspruch.

⁴⁴⁸ So BAG, AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969 LS 1 und unter I. 2. c) der Gründe.

bb) Die Konzeption von *Birk* und *Maute*: Gleichbehandlung durch volle Kostenbelastung des Arbeitgebers unter Berücksichtigung subjektiver Elemente bei der Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes

Birk untersucht im Zusammenhang mit der betrieblichen Altersversorgung die Durchsetzung des Arbeitnehmeranspruches auf Gleichbehandlung im Klagewege lediglich am Rande.⁴⁴⁹ Seine diesbezüglichen Ausführungen verdeutlichen aber, daß er auch bei der gerichtlichen Umsetzung der Gleichbehandlung die Obergrenze der arbeitgeberseitigen Kostenbelastung erst bei einer finanziellen Unzumutbarkeit, also einer wirtschaftlichen Notlage des Arbeitgebers, befürwortet. Die finanzielle Belastung des Arbeitgebers brauche sich nicht innerhalb des ursprünglichen Dotierungsrahmens zu bewegen, da er nicht besser gestellt werden dürfe, als diejenigen ungleich behandelten Arbeitnehmer, die im Rahmen eines Urteilsverfahrens gegen ihn auf Gleichbehandlung geklagt und obsiegt hätten.⁴⁵⁰ Hinsichtlich der Grenzziehung der finanziellen Unzumutbarkeit greift *Birk*, wie geschildert, auf das subjektive Element der Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 Abs. 1 BGB bei der Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zurück. Er zieht also für die Bestimmung dieser Grenze verschuldensrechtliche Aspekte heran. Je schwerer die Verantwortung für die arbeitgeberseitige Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes wiege, desto zumutbarer hält *Birk* die daraus resultierende finanzielle Belastung für den Arbeitgeber.

Im Gegensatz dazu stellt *Maute*, der sich in seinem „Lösungsmodell“ nicht ausdrücklich mit der gerichtlichen Durchsetzung des Arbeitnehmeranspruches auf Gleichbehandlung befaßt, bei der Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht auf subjektive Elemente, wie Vorsatz oder Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 Abs. 1 BGB, ab.⁴⁵¹ Vielmehr hält er es bei dieser Verletzung für maßgeblich, „wer die Verantwortung für die verfahrenere Lage zu tragen hat“, was bei einer fehlerhaften Verteilung der Gelder regelmäßig der Arbeitgeber sei.⁴⁵²

cc) Stellungnahme und eigene Konzeption: Gleichbehandlung nur im Rahmen der vom Arbeitgeber vorgegebenen Dotierung

Die bei freiwilligen zusätzlichen Arbeitgeberleistungen vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung praktizierte Umsetzung der Gleichbehandlung „ungleich“ behandelter Arbeitnehmer durch die volle Kostentragungspflicht des Arbeitgebers, ist abzulehnen. Das Bundesarbeitsgericht

⁴⁴⁹ Birk, Die Mitbestimmung des Betriebsrats, S. 94 ff. und S. 126 ff.

⁴⁵⁰ So Birk, Die Mitbestimmung des Betriebsrats, S. 94.

⁴⁵¹ Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 114.

⁴⁵² Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, S. 114.

zeigt zwar diesbezüglich mit seinen konsequenten und arbeitnehmerfreundlichen Entscheidungen einen dogmatisch sauberen Weg auf, die wirtschaftlichen Belange des Arbeitgebers bleiben im Zuge dieser Rechtsprechung jedoch nahezu unberücksichtigt. Daß die so vom Bundesarbeitsgericht durchgeführte Gleichbehandlung für den Arbeitgeber - etwa in dem hier schon mehrfach zitierten fiktiven Fall - unter Umständen zum Kostenruin führen könnte, wird vom ihm entweder nicht gesehen oder als nicht erwähnenswert vernachlässigt.

Dies mag daran liegen, daß die dem Arbeitgeber auferlegte Kostentragungspflicht in den bisherigen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts noch keine solche wirtschaftliche Tragweite aufwies. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht immerhin in einem Fall die möglicherweise auftretenden finanziellen Belastungen des Arbeitgebers als Folge der durchzuführenden Gleichbehandlung erkannt und diesem entsprechend der Sachlage eine Übergangsfrist zur Anpassung seiner Leistungsrichtlinien an den Gleichbehandlungsgrundsatz eingeräumt,⁴⁵³ jedoch ging es hier nicht um eine Kostentragung mit eventuell ruinösen Folgen. Daher ist gerade in Extremfällen, in denen nach der durchgeführten Gleichbehandlung nur noch eine geringe oder gar keine wirtschaftliche Substanz mehr im Betrieb vorhanden wäre, die Idee eines „Anpassungszeitraumes“ zur Umsetzung der Gleichbehandlung unbrauchbar. Aus dem Umstand, daß das Bundesarbeitsgericht bislang noch keine Fälle entscheiden mußte, bei der die Umsetzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf der Arbeitgeberseite wirtschaftlich ruinöse Auswirkungen nach sich gezogen hätte, ist es wohl zu erklären, daß es in seiner bisherigen Rechtsprechung bis heute offen ließ, ob die finanzielle Zumutbarkeit und die damit verbundene Kostenbelastung des Arbeitgebers ihre Grenze beim Erreichen einer wirtschaftlichen Notlage hat.

Ebenso ist dem Bundesarbeitsgericht und Teilen der Landesarbeitsgerichte nicht zu folgen, wenn sie dem Arbeitgeber die Möglichkeiten oder Befugnisse verwehren, bestehende Privilegien der Arbeitnehmer für die Zukunft beispielsweise durch einen Widerruf oder eine Änderungskündigung abzubauen, um so die Gleichheit aller auf dem niedrigeren oder auf einem mittleren Niveau herzustellen.⁴⁵⁴ Richtig ist zwar, daß sich diesbezüglich derartige rechtliche Möglichkeiten für den Arbeitgeber nicht unmittelbar aus der Berufung auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben. Hiervon unberührt bleiben jedoch dessen rechtliche Möglichkeiten, dem zukünftigen Anspruch der(s) Arbeitnehmer(s) auf Gleichbehandlung dadurch die Grundlage zu entziehen, daß er bei allen anderen Arbeitnehmern bestehende Ver-

⁴⁵³ Vgl. BAG, AP Nr. 66 zu § 242 BGB Gleichbehandlung (Ergänzungsentscheidung zu BAG, AP Nr. 44 zu § 242 BGB Gleichbehandlung).

⁴⁵⁴ So das BAG, siehe hierzu BAG, AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969 LS 1 und unter I. 2. c) der Gründe; LAG Stuttgart, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Lohnanspruch.

günstigungen wie übertarifliche Geldzulagen mit den ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen des Individual- oder Kollektivarbeitsrechtes teilweise oder vollständig abbaut. So kann der Arbeitgeber nach der hier vertretenen Ansicht solche Zulagen - falls sie auf arbeitsvertraglicher Grundlage basieren - denjenigen anspruchsberechtigten Arbeitnehmern nach freiem Belieben kürzen oder streichen, die bis zu diesem Zeitpunkt in ihren Genuß gekommen sind.⁴⁵⁵ Ebenso kann er - falls die Geldzulagen auf einer betrieblichen Regelung in Form einer Betriebsvereinbarung beruhen - die Zulagen der bereits anspruchsberechtigten Arbeitnehmer ohne Angabe eines bestimmten Grundes durch eine Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG streichen.⁴⁵⁶ Durch diese legitimen „Ausgleichsmöglichkeiten“ innerhalb des bereits zur Verfügung gestellten Geldvolumens könnte der Arbeitgeber also für Gleichheit aller Arbeitnehmer sorgen.

Die Frage nach der gerichtlichen Durchsetzbarkeit der Gleichbehandlung einzelner oder aller klagenden Arbeitnehmer hat sich meines Erachtens ebenso wie die außergerichtliche Durchsetzbarkeit im Mitbestimmungsverfahren nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG am wirtschaftlichen Potential des jeweiligen Betriebes zu orientieren. Grundsätzlich muß es dem Arbeitgeber im Rahmen seiner wirtschaftlichen und unternehmerischen Gestaltungsfreiheit ohne Einschränkungen überlassen bleiben, den Dotierungsrahmen für freiwillige Zusatzleistungen (also auch übertariflichen Geldzulagen) genau festzulegen. Würde man allen „ungleich“ behandelten, klagenden Arbeitnehmern gerichtlich einen Zahlungsanspruch auf übertarifliche Geldzulagen gegen ihren Arbeitgeber einräumen, so könnte dies in Anbetracht des Zulagenanteils am Effektivlohn nicht nur die Beschränkung dieser Gestaltungsfreiheit, sondern möglicherweise auch den Kostenruin des Arbeitgebers bedeuten. Andererseits bleibt fraglich, ob der Arbeitgeber die Argumente der Mitbestimmungsfreiheit des Dotierungsrahmens oder der wirtschaftlichen und unternehmerischen Gestaltungsfreiheit den Klagen nur einzelner Arbeitnehmer auf Gleichbehandlung entgegensetzen kann. Schließlich hat der Arbeitgeber es zu vertreten, ganz gleich ob vorsätzlich oder fahrlässig, den oder die Arbeitnehmer ungleich behandelt zu haben. Ferner gilt es den in diesem Zusammenhang von *Maute* zu Recht zitierten allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz „Geld hat man zu haben“ zu beachten.⁴⁵⁷ Es ist aber davon auszugehen, daß der Betriebsrat gerade dann, wenn man ihm bei der Umsetzung der Gleichbehandlung kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht hinsichtlich einer (hierfür notwendigen) Erhöhung des Dotierungsrahmens einräumt, eine Massenklage aller „ungleich“ behandelten Arbeitnehmer organisieren und initiieren wird, um so die Gleichbehandlung durchzusetzen. Vereinzelt auf Gleichbehandlung klagende Arbeitnehmer werden also wohl die Ausnahme sein. In der

⁴⁵⁵ Siehe hierzu schon Teil 3: A. III. 2. c) cc).

⁴⁵⁶ Vgl. zur Kündigung einer Betriebsvereinbarung ausführlich Teil 3: C. IV.

⁴⁵⁷ Dazu näher weiter unten.

Regel werden solche Einzelklagen nur in Kleinbetrieben vorkommen. Die Gefahr einer gerichtlichen „Mobilisierung“ der „ungleich“ behandelten Arbeitnehmer besteht darin, daß der Betriebsrat, wenn nicht schon im Mitbestimmungsverfahren, dann auf diesem Wege indirekten Einfluß auf die Höhe des arbeitgeberseitigen Leistungsvolumens nehmen könnte. Dies widerspräche jedoch dem Sinn und Zweck der „Topftheorie“. Damit wird deutlich, daß der mitbestimmungsfreie, vom Arbeitgeber allein zu bestimmende Dotierungsrahmen, maßgeblicher Anknüpfungspunkt bei der gerichtlichen Umsetzung der Gleichbehandlung und der dementsprechenden Problematik der arbeitgeberseitigen Kostenbelastung zu sein hat. Im Einzelnen ergeben sich hinsichtlich der Umsetzung der Gleichbehandlung im Klagewege, unabhängig davon, ob eine Minderheit der klagenden Arbeitnehmer Gleichstellung mit einer Mehrheit verlangt oder umgekehrt,⁴⁵⁸ folgende Grundsätze:

(1) Klagen einzelner benachteiligter Arbeitnehmer auf Gleichbehandlung

Wie festgestellt wurde, besteht für den Arbeitgeber im Falle seiner Ungleichbehandlung einzelner oder aller Arbeitnehmer eine Gleichbehandlungspflicht sowohl für die Vergangenheit als auch für die Zukunft. Sofern nur ein einzelner oder nur wenige Arbeitnehmer vom Arbeitgeber Nachzahlung der übertariflichen Geldzulagen und Gleichstellung bezüglich eines zukünftigen Zulagenerwerbs einklagen, ist die hieraus resultierende wirtschaftliche Belastung dem Arbeitgeber aufzuerlegen, sofern sie sich noch im Rahmen des von ihm zur Verfügung gestellten Geldzulagevolumens bewegt. Ist die Dotierungsmasse dagegen betriebswirtschaftlich voll ausgeschöpft oder an die Belegschaft sogar schon ausgeschüttet, so kann der Arbeitgeber dies nach meiner Auffassung schon dem Klagebegehren eines einzelnen klagenden Arbeitnehmers entgegenhalten. Gesetzt den Fall, daß in dem betreffenden Betrieb eine Vielzahl der Arbeitnehmer benachteiligt ist, kann ein obsiegendes Urteil des einzelnen Arbeitnehmers eine Prozeßlawine auslösen und damit zu den schon wiederholt geschilderten finanziellen Komplikationen beim Arbeitgeber führen. Die Arbeitsgerichte haben deshalb bei einer Vielzahl finanziell benachteiligter Arbeitnehmer, die bei der Geldzulagenverteilung unzulässigerweise nicht bedacht wurden, aus Gründen der Rechtssicherheit, bereits im ersten (Muster-) Prozeß eines einzelnen auf Gleichbehandlung klagenden Arbeitnehmers zu berücksichtigen, welche Auswirkungen insbesondere finanzieller Art die entsprechende gerichtliche Geltendmachung des Gleichbehandlungsanspruches durch alle Betroffenen hätte.

⁴⁵⁸ In diesem Fall lehnt ja das LAG Köln (LAG Köln vom 3.9.1997 - 2 (4) Sa 348/97) im Gegensatz zur herrschenden Rechtsprechung des BAG einen Anspruch auf Gleichbehandlung ab.

In Kleinbetrieben mit wenig Personal könnte man von dem oben aufgestellten Grundsatz eine Ausnahme zulassen und dem Klagebegehren einzelner, auf Gleichbehandlung klagender Arbeitnehmer stattgeben. In solchen Fällen werden die für die Umsetzung der Gleichbehandlung aufzubringenden finanziellen Aufwendungen für den Arbeitgeber in aller Regel überschaubar bleiben und nicht zu dessen wirtschaftlichem Kostenruin führen.⁴⁵⁹ Trotzdem kann es auch hier notwendig sein, dem Arbeitgeber für die Umsetzung der Gleichbehandlung eventuell einen Anpassungszeitraum (wie von der Rechtsprechung und der Rechtslehre zum Teil jedoch generell gefordert) einzuräumen, wobei dessen Dauer vom Arbeitsgericht im Einzelfall in Abhängigkeit von der Höhe der arbeitgeberseitigen Kostenbelastung festzulegen ist.

Eine vom einzelnen Arbeitnehmer im Klagewege möglicherweise zu erstreitende zukünftige Gleichstellung mit den begünstigten anderen Arbeitnehmern hinsichtlich des Erwerbes übertariflicher Geldzulagen kann der Arbeitgeber, wie dargestellt, im vorhinein verhindern, wenn er allen begünstigten Arbeitnehmern diese Zulagen - abhängig von deren Rechtsgrund - entweder durch einen Widerruf (nach freiem Belieben) oder eine Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG gänzlich streicht. Diese Art der „Gleichbehandlung“ wird der Arbeitgeber aber sicherlich dann nicht praktizieren, wenn von ihr ein Großteil der begünstigten Belegschaft betroffen wäre. In diesem Fall würden nämlich die hieraus resultierenden Folgen für das Betriebsklima, die Arbeitsmoral der Arbeitnehmer und die damit in engem Zusammenhang stehende wirtschaftliche Produktivität in keinem Verhältnis zu den geringen finanziellen Aufwendungen des Arbeitgebers stehen, die zur Umsetzung der zukünftigen Gleichbehandlung einzelner Arbeitnehmer erforderlich wären.

(2) Klagen aller benachteiligten Arbeitnehmer auf Gleichbehandlung

Wenn alle benachteiligten Arbeitnehmer eines Betriebes im Klagewege von ihrem Arbeitgeber Gleichbehandlung für die Vergangenheit und Zukunft fordern, können sie die Befriedigung ihrer Ansprüche nur innerhalb des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Geldzulagevolumens gerichtlich geltend machen. Auch hier gilt, daß, sofern dieses Volumen ausgeschöpft oder schon verteilt ist, ihnen jeglicher finanzieller Anspruch verwehrt werden muß. Nur durch eine Beschränkung der Kostentragungspflicht bis zur Grenze des arbeitgeberseitig vorgegebenen Dotierungsrahmens können die aus der gerichtlichen Umsetzung der Gleichbehandlung resultierenden enormen wirtschaftlichen, möglicherweise ruinösen finanziellen Folgen auf der Arbeitge-

⁴⁵⁹ Falls die Arbeitnehmer in dem Kleinbetrieb jedoch jeweils ein exorbitant hohes Gehalt mit dementsprechenden übertariflichen Geldzulagen erhalten, kann auch die Umsetzung der Gleichbehandlung nur einzeln klagender und obsiegender Arbeitnehmer wirtschaftlich existenzbedrohende Ausmaße für den Arbeitgeber annehmen.

berseite vermieden werden. Die Einräumung eines „Anpassungszeitraumes“ taugt hierfür, wie zuvor am diesbezüglichen Vorschlag des Bundesarbeitsgerichts aufgezeigt, nicht.

Die von *Birk* und *Maute* befürwortete Kostentragungspflicht - als Folge der gerichtlichen Umsetzung der Gleichbehandlung - bis zur wirtschaftlichen Notlage als Grenze der finanziellen Unzumutbarkeit auszudehnen, ist aus den bereits besagten Gründen abzulehnen. Ebenso ist den sich stark ähnelnden Lösungsmodellen beider Autoren nicht zu folgen, wenn hierin bei der Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes und der damit verbundenen Kostentragungspflicht des Arbeitgebers maßgeblich auf verschuldensrechtliche Aspekte abgestellt wird. Zwar handelt der für die Ungleichbehandlung verantwortliche Arbeitgeber zugleich auch immer sorgfaltswidrig und damit mindestens fahrlässig im Sinne des § 276 Abs. 1 BGB, jedoch ist der Anspruch auf Gleichbehandlung nicht verschuldensabhängig, sondern entsteht bei jeder objektiven Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.⁴⁶⁰ Daher können aus dem Grad des Verschuldens des Arbeitgebers auch keine Rückschlüsse auf die Zumutbarkeit dessen wirtschaftlicher Kostenbelastung geschlossen werden.⁴⁶¹ Vergleichsweise richtet sich bei einem Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB die Höhe des zu ersetzenden Schadens auch nicht nach dem Grad des Verschuldens.

Will ein Großteil der Belegschaft seinen Gleichbehandlungsanspruch auf den zukünftigen Erwerb übertariflicher Geldzulagen im Klagewege durchsetzen, so kann der Arbeitgeber die im Anschluß der Gerichtsverfahren auf ihn zukommenden, möglicherweise beträchtlichen wirtschaftlichen Belastungen schon vor den Klageerhebungen abwenden, in dem er den bereits begünstigten Arbeitnehmern diese Zulagen entweder durch einen Widerruf (nach freiem Belieben) oder eine Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG gänzlich streicht (abhängig von der Rechtsgrundlage der übertariflichen Geldzulagen). Diese Art der „Gleichbehandlung“ wird zwar sicherlich, wie schon aufgezeigt, weder dem Betriebsklima noch der Produktivität des Betriebes förderlich sein, sie gewinnt aber für den Arbeitgeber vor allem dann große wirtschaftliche Bedeutung, wenn die Mehrheit der Arbeitnehmer von ihm zukünftig Gleichstellung mit einer Minderheit oder sogar nur einem Arbeitnehmer verlangen und für den Fall der Ablehnung dieses Begehrens mit der Beschreitung des Klageweges drohen würde.

Da die durch Streichung aller Geldzulagen umgesetzte „Gleichbehandlung“ aller Arbeitnehmer unter Umständen auch für den Arbeitgeber mit wirt-

⁴⁶⁰ So auch z.B. BAG, AP Nr. 18 zu § 1 BetrAVG unter B. II. der Gründe.

⁴⁶¹ Wirtschaftlich unzumutbar ist die Kostenbelastung für den Arbeitgeber jedenfalls bei Erreichen einer wirtschaftlichen Notlage; vgl. hierzu Teil 3: A. VII. 2. c).

schaftlichen Einbußen verbunden sein kann, wird dieser sie vermutlich nur bei zu erwartender extremer Kostenbelastungen in dieser Art und Weise durchführen. In aller Regel wird der Arbeitgeber mit Hilfe des Betriebsrates wohl versuchen, die Gleichbehandlung aller anspruchsberechtigten Arbeitnehmer durch eine Umverteilung der insgesamt von ihm zur Verfügung gestellten übertariflichen Geldzulagen zu erzielen, wobei dem Betriebsrat hierbei ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zusteht.

TEIL 3: DIE RECHTLICHEN MÖGLICHKEITEN DES ARBEITGEBERS, ÜBERTARIFLICHE ZAHLUNGEN WEGEN BETRIEBSBEDINGTER GRÜNDE TEILWEISE ODER GÄNZLICH EINZUSTELLEN

In dem derzeit geringen Wirtschaftswachstum und bei zunehmenden Arbeitskräfteüberhang gewinnt die Frage an Bedeutung, ob und wie der Arbeitgeber übertarifliche Geldzulagen, die er seinen Arbeitnehmern aufgrund eines Arbeitsvertrages, Allgemeiner Arbeitsbedingungen oder einer Betriebsvereinbarung gewährt, teilweise (durch Kürzung beziehungsweise teilweise Streichung) oder vollständig (durch gänzliche Streichung) einsparen kann, um sie den bestehenden rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen anzupassen. In Zeiten der Hochkonjunktur versprochen, können die zusätzlich gewährten Gelder für die Unternehmen bei sinkender Ertragslage zu einer existenzbedrohenden Last werden. Die Ursachen für diese angespannte Finanzlage und die damit zusammenhängende Einsparungsentscheidung sind in den häufigsten Fällen betriebsbedingt, wie zum Beispiel: Rationalisierungsmaßnahmen, Auftragsmangel, Absatzschwierigkeiten oder ein Umsatzrückgang. Deshalb richtet sich das Hauptaugenmerk in der vorliegenden Untersuchung auf die rechtlichen Möglichkeiten zur teilweisen oder gänzlichen Streichung übertariflicher Geldzulagen aufgrund dieser betriebsbedingten Ursachen.

A. Rechtliche Möglichkeiten zur teilweisen oder gänzlichen Zahlungseinstellung übertariflicher, durch Individualarbeitsvertrag gewährter Geldzulagen

I. Gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund eines Aufhebungsvertrages

Mangels eines Widerrufsvorbehaltes im Arbeitsvertrag kommt für eine gänzliche Einsparung übertariflicher Zulagengelder als rechtliche Möglichkeit der Abschluß eines Aufhebungsvertrages zwischen dem Arbeitgeber und dem(n) in den Genuß der übertariflichen Geldzulage(n) gekommenen Arbeitnehmer(n) in Betracht. Durch einen solchen Aufhebungsvertrag im Sinne der

§§ 305 und 241 BGB können die Arbeitsvertragsparteien aufgrund privatautonomer Entscheidung das Arbeitsverhältnis zu jedem beliebigen Zeitpunkt beenden. Die für diesen Vertragsschluß maßgebenden Vorschriften sind dem allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, gemäß der §§ 145 ff. BGB zu entnehmen. Rechtliche Konsequenz eines Aufhebungsvertrages wäre im konkreten Fall, daß der Arbeitgeber bei den betreffenden Arbeitnehmern zwar die übertariflichen Geldzulagen einsparen könnte, diese Arbeitnehmer aber wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber zur weiteren Erbringung der Arbeitsleistung nicht mehr zur Verfügung stünden. Der Aufhebungsvertrag als rechtliche Möglichkeit, übertarifliche Geldzulagen vollständig einzusparen und so den Arbeitgeber wirtschaftlich zu entlasten, ist daher als praxisfremd und wenig praktikabel einzuschätzen. In der Regel ist der Arbeitgeber nämlich nur an der Einsparung der übertariflichen Gelder interessiert, jedoch nicht, wie durch den Aufhebungsvertrag bewirkt, am Verlust von möglicherweise hochqualifizierten Arbeitskräften. Außerdem wird sich ein Arbeitnehmer bei der momentan herrschenden Arbeitsmarktsituation wohl kaum aus freien Stücken von seinem Arbeitsplatz, nebst übertariflicher Bezahlung trennen wollen. Für die Einsparung übertariflicher Geldzulagen ist ein Aufhebungsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer allenfalls praktikabel und in Betracht zu ziehen, wenn für beide Arbeitsvertragsparteien eine „befriedigende“ Arbeitsmarktlage besteht, das heißt, sowohl genügend qualifizierte Facharbeiter dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen als auch genügend freie, gut dotierte Arbeitsplätze.

II. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund eines Abänderungsvertrages

Für die Kürzung oder gänzliche Streichung von arbeitsvertraglich gewährten übertariflichen Zulagengeldern bietet sich dem Arbeitgeber als weitere rechtliche Möglichkeit der Abschluß eines Abänderungsvertrages mit dem(n) Arbeitnehmer(n) an.

1. Vorbemerkung

Im Gegensatz zum Aufhebungsvertrag, der das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beendet, bleibt das Arbeitsverhältnis beim Abschluß eines Abänderungsvertrages bestehen, wird jedoch durch entsprechende Willenserklärungen der Arbeitsvertragsparteien nachträglich geändert.

Der Arbeitnehmer muß und wird sich in der Regel aber nicht auf den Abschluß eines Abänderungsvertrages, der nur noch gekürzte oder sogar gar keine übertariflichen Zulagengelder mehr vorsieht, mit dem Arbeitgeber einlassen. Es gibt jedoch Gründe, die den Arbeitnehmer zu diesem Schritt bewegen können. Kann der Arbeitnehmer zum Beispiel erkennen und nachvollzie-

hen, daß der Arbeitgeber Sparzwängen unterliegt, die er mit der Einsparung von Zulagengeldern kompensieren will, ist der Abschluß eines Abänderungsvertrages durchaus denkbar. Hierdurch kann der Arbeitnehmer nämlich eine mögliche betriebsbedingte Änderungskündigung (§§ 2 S. 1 und 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG) des Arbeitgebers vermeiden.⁴⁶²

Es kann auch Fälle geben, in denen die vom Arbeitgeber geplanten Zulageneinsparungen, den Arbeitnehmer nur unerheblich belasten würden und dieser zwecks Erhaltung des vielleicht guten Betriebsklimas einer im Sinne des Arbeitgebers liegenden Änderung des Arbeitsvertrages zustimmt. Möglich ist aber auch, daß der Arbeitgeber für den Fall der Nichtzustimmung des Arbeitnehmers zu den geplanten Geldeinsparungen, diesem mit einer betriebsbedingten Beendigungskündigung gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG oder mit einem Widerruf der übertariflichen Geldzulagen nach freiem Belieben droht. Der davon betroffene Arbeitnehmer könnte hiervon so eingeschüchtert sein, daß er einer entsprechenden Änderung des Arbeitsvertrages zustimmt.

2. Zustandekommen eines Abänderungsvertrages

Unterbreitet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Angebot, für ihn in Zukunft bei gleichbleibend zu erbringender Arbeitsleistung für ein geringeres Effektiv Einkommen, bedingt durch eine teilweise oder vollständige Streichung der übertariflichen Geldzulagen, zu arbeiten und nimmt der Arbeitnehmer dieses Angebot ebenfalls ausdrücklich an, bestehen am Zustandekommen dieses Abänderungsvertrages keine Zweifel.

Probleme bereiten die Fälle, in denen zwar ein solches ausdrückliches, die bestehenden Arbeitsbedingungen verschlechterndes Vertragsangebot des Arbeitgebers vorliegt, aber die ausdrückliche Zustimmung des betreffenden Arbeitnehmers fehlt. Der Arbeitgeber hat beispielsweise bei bestimmten Arbeitnehmern in deren Arbeitsverträgen die übertariflichen Geldzulagen einseitig gekürzt oder vollständig gestrichen und keiner der jeweils betroffenen Arbeitnehmer hat dieser Maßnahme ausdrücklich zugestimmt oder widersprochen, sondern vielmehr unverändert seine Arbeit fortgeführt. Fraglich ist, ob durch dieses Verhalten konkludent ein Abänderungsvertrag zustandegekommen ist.

Das Bundesarbeitsgericht und der überwiegende Teil des Schrifttums sehen in dem widerspruchsfreien Weiterarbeiten des Arbeitnehmers zu den neuen, vom Arbeitgeber geänderten Arbeitsbedingungen, eine konkludente Zustim-

⁴⁶² Hierzu umfassend in Teil 3: A. V.

mung zur Vertragsänderung.⁴⁶³ Von einer konkludenten Zustimmung ist aber nur dann auszugehen, wenn der Arbeitgeber nach Treu und Glauben annehmen darf, daß der Arbeitnehmer seinen abweichenden Willen äußern und der Änderung widersprechen würde, wenn er ihr nicht zustimmen wollte.⁴⁶⁴ Davon ist in der Regel auszugehen. Darüber hinaus ist eine konkludente Zustimmung nur dann anzunehmen, wenn sich die Vertragsänderung unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis auswirkt und der Arbeitnehmer deshalb umgehend feststellen kann, welchen Einfluß die Änderung auf seine Rechte und Pflichten hat.⁴⁶⁵ Da sich die Kürzung oder vollständige Streichung übertariflicher Zulagengelder auf die Höhe des Effektiveinkommens des Arbeitnehmers niederschlägt, weil dieser für die Zukunft einen verminderten Arbeitslohn erhält, der anhand des Lohnstreifens überprüfbar und nachvollziehbar ist, wirken diese Maßnahmen des Arbeitgebers unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis ein.

Der andere Teil im Schrifttum teilt die genannte Auffassung nicht.⁴⁶⁶ So vertritt *Wank* die Ansicht, daß es sich bei dem protestlosen Weiterarbeiten zu den neuen Arbeitsbedingungen nur dann um eine konkludente Zustimmung des Arbeitnehmers handelt, wenn es sich bei diesen Arbeitsbedingungen um für den Arbeitnehmer günstige Regelungen handelt. Hingegen sei die Annahme einer konkludenten Zustimmung bei ungünstigen Änderungen der Arbeitsbedingungen als Überinterpretation des „Nichtstuns“ der Arbeitnehmer zu bezeichnen.⁴⁶⁷ Da das Schweigen nach der Rechtsgeschäftslehre grundsätzlich keine Willenserklärung darstellt,⁴⁶⁸ sei eine Annahme des Arbeitgeberangebots seitens des Arbeitnehmers und somit auch der Abschluß eines Abänderungsvertrages ausgeschlossen. *Wank* beruft sich in den Fällen der protestlosen Weiterarbeit auf die Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung oder auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage.⁴⁶⁹

Die Heranziehung dieser rechtlichen Möglichkeiten, übertarifliche Zulagengelder einzusparen, ist in der gegebenen Fallkonstellation jedoch nicht von-

⁴⁶³ Vgl. BAG, AP Nrn. 2 und 4 zu § 305 BGB; AP Nr. 101 zu § 242 BGB Ruhegehalt; AP Nr. 12 zu § 1 BetrAVG; AP Nr. 13 zu § 65 HGB; Schaub, ArbR, S. 182; Peterek, FS für D. Gaul I, S. 184, 194; differenzierend BAG, AP Nr. 47 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 3. der Gründe.

⁴⁶⁴ So BAG, AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 3. a) der Gründe; AP Nr. 47 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 2. der Gründe; vgl. auch BAG, AP Nr. 13 zu § 65 HGB.

⁴⁶⁵ Siehe hierzu z.B. BAG, AP Nrn. 2 und 4 zu § 305 BGB; AP Nr. 101 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

⁴⁶⁶ Siehe *Wank*, in: *Hromadka, Änderung*, S. 35, 53 f.

⁴⁶⁷ *Wank*, in: *Hromadka, Änderung*, S. 35, 53 f.

⁴⁶⁸ *Medicus*, BGB-AT, Rnn. 345 ff.

⁴⁶⁹ *Wank*, in: *Hromadka, Änderung*, S. 35, 53 f.

nöten, da es sich hier nicht um „schlichtes Nichtstun“ und somit Schweigen der Arbeitnehmer handelt, wie *Wank* annimmt. In der protestlosen Weiterarbeit spiegelt sich gerade die stillschweigende Zustimmung der Arbeitnehmer wieder, zu den neuen, wenn sich auch verschlechternden und mit wirtschaftlichen Nachteilen verbundenen Arbeitsbedingungen des Arbeitgebers auch in Zukunft weiterzuarbeiten. Schließlich handelt es sich bei der Zustimmung zur teilweisen oder gänzlichen Streichung der übertariflichen Geldzulagen bei den hier behandelten Zulagen in erster Linie um Leistungszulagen, die in einem unmittelbaren Kausalverhältnis zu der Hauptleistungspflicht der Arbeitsleistung stehen. Die protestlose Weiterarbeit der Arbeitnehmer stellt nicht ein „schlichtes Nichtstun“, sondern ein positives Tun mit Erklärungsgehalt dar. Sie ist als konkludente Zustimmung und folglich als Willenserklärung zu interpretieren.

Der Auffassung von *Wank* ist auch aus einem anderen Grunde nicht zu folgen: *Wank* macht die rechtliche Qualifizierung der arbeitnehmerseitigen protestlosen Weiterarbeit als Willenserklärung oder Schweigen davon abhängig, ob es sich bei dem Abänderungsangebot des Arbeitgebers um für den Arbeitnehmer günstige oder ungünstige Regelungen handelt. Maßgebende Bewertungsgrundlage für die rechtliche Qualifizierung dessen Verhaltens sind somit die sich für ihn daraus ergebenden Rechtsfolgen. Das Verhalten des Arbeitnehmers ist aber nicht an den daraus resultierenden Rechtsfolgen, sondern an den von der Rechtsprechung und der Rechtslehre aufgestellten Grundsätzen und Voraussetzungen von Willenserklärungen rechtlich zu beurteilen. Eine Schutzfunktion hinsichtlich finanzieller Interessen zugunsten der Arbeitnehmer ist in diesem Zusammenhang abzulehnen und muß hinter den anerkannten Grundsätzen über Willenserklärungen zurücktreten.

3. Inhaltskontrolle von Abänderungsverträgen

Abänderungsverträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die dem Zweck dienen, individualvertragliche arbeitgeberseitig gewährte übertarifliche Zulagengelder einzusparen, können unter Umständen einer gerichtlichen Inhaltskontrolle unterliegen.

a) Vorbemerkung

Auch im Arbeitsrecht gilt grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit. Die Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht erfährt aber zum Schutz der Arbeitnehmer eine sehr viel stärkere Beschränkung als im allgemeinen Zivilrecht, weil das auf (Arbeitsschutz-) Gesetzen und kollektivrechtlichen Vereinbarungen (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung) beruhende Geflecht zwingender Normen sehr viel dichter ist. Dadurch ist insbesondere die Vertragsinhaltsgestaltungsfreiheit begrenzter. Aus diesem Grund erscheint es zweifelhaft, ob Abänderungsverträge, durch die der Arbeitgeber künftig übertarifliche Geldzulagen

einsparen will, zum Schutz der Arbeitnehmer (keine Umgehung des zwingenden Kündigungsschutzes des § 2 KSchG) einer Inhaltskontrolle bedürfen. Aber gerade im Bereich der freiwilligen sozialen Leistungen, die hier tangiert werden, fehlt es an gesetzlichen Schutzvorschriften, die eine Benachteiligung der Arbeitnehmer verhindern können. *Zöllner* spricht in diesem Zusammenhang von einem normfreien- oder Günstigkeitsraum.⁴⁷⁰ Somit könnte bei arbeitgeberseitig angestrebten Einsparungen übertariflicher Geldzulagen durch neue oder geänderte Arbeitsverträge eine Inhaltskontrolle zum Schutze der Arbeitnehmer nötig sein.

b) Rechtsgrundlage einer Inhaltskontrolle

Die Rechtsgrundlage einer richterlichen Inhaltskontrolle sowohl von Individualarbeitsverträgen als auch arbeitsvertraglichen Einheitsregelungen, ist heftig umstritten. Da die richterliche Inhaltskontrolle dieser Arbeitsverträge jedoch allgemein anerkannt ist, muß auf die umfangreiche Problemdarstellung ihrer Rechtsgrundlage nicht näher eingegangen werden.⁴⁷¹ Zur Veranschaulichung sollen aber zumindest die verschiedenen Erklärungsmodelle, die zur rechtsdogmatischen Begründung einer richterlichen Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen aufgestellt wurden, kurz genannt werden. Als richterliches Korrektiv für vereinbarte Vertragsinhalte bieten sich zum einen die Generalklauseln der §§ 134, 138 und 242 BGB an. Ein Teil der Rechtslehre legt der richterlichen Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen auch § 315 BGB zugrunde.⁴⁷² Dieser Ansicht folgt (mittlerweile) auch das Bundesarbeitsgericht, das sich in neueren Entscheidungen hinsichtlich einer Inhaltskontrolle fast ausschließlich auf diese Vorschrift beruft.⁴⁷³ Ein anderer Teil der Rechtslehre sieht wiederum die dogmatische Fundierung einer richterlichen Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen in der Konkretisierung von § 242 BGB durch den Rechtsgedanken des § 9 AGBG.⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ Zöllner, AcP 176, S. 221, 245.

⁴⁷¹ Ausführlich hierzu Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle, S. 181 ff.; U. Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung, S. 149 ff. und 237 ff.

⁴⁷² Grundlegend dazu Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 67 f.; vgl. auch Säcker, Gruppenautonomie, S. 224 ff.; a.A. Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 83; Böttcher, ArbuR 1967, S. 321 ff.; Richardi, FS für Schwarz, S. 781, 797 f.

⁴⁷³ Vgl. BAG, AP Nrn. 1 und 2 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle; AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen; AP Nrn. 144 und 161 zu § 242 BGB Ruhegehalt, wobei sich das BAG vor allem auf die Untersuchung Söllners (Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsrecht) gestützt hat.

⁴⁷⁴ Z.B. Lieb, ArbR, S. 35 f.; MünchArbR-Bd. 1, Richardi, § 14 Rnn. 44 ff.

c) Voraussetzungen einer Inhaltskontrolle

aa) Gestörte Vertragsparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Unabdingbare Voraussetzung einer jeglichen Inhaltskontrolle ist das Vorliegen einer (typischerweise gegebenen) Ungleichgewichtslage, das heißt, einer gestörten Vertragsparität.⁴⁷⁵ Eine solche mag man zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zunächst bezweifeln, da auch im Arbeitsrecht das Prinzip der Vertragsfreiheit gilt und der Arbeitnehmer das Angebot des Arbeitgebers bei „Nichtgefallen“ ablehnen kann.

Inzwischen ist es aber ein allgemein anerkannter Grundsatz im Vertragsrecht, daß die Vertragsfreiheit dort nicht funktionieren kann, wo infolge wirtschaftlicher, sozialer und intellektueller Ungleichgewichte die Vertragsparität gestört ist und der überlegene Vertragsteil deshalb zur einseitigen Durchsetzung seiner Interessen in der Lage ist.⁴⁷⁶ Gerade im Arbeitsverhältnis besteht, wie es *M. Wolf* formuliert hat, „eine typisch generelle Ungleichgewichtslage zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, da der Arbeitnehmer für seinen Lebensunterhalt und zur Ausübung seines Berufes regelmäßig auf den angebotenen Arbeitsplatz angewiesen ist und ihn nicht als Verhandlungsgegenstand zur Abwendung als unangemessen empfundener Arbeitsbedingungen aufs Spiel setzen kann“.⁴⁷⁷ Beim Abschluß von Arbeitsverträgen fehlt es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten, um für den Vertragsinhalt durch Verhandlung und Einigung einen sachgerechten Interessenausgleich zu gewährleisten.⁴⁷⁸ Eine derartige generelle Störung der Vertragsparität im Arbeitsrechtsverhältnis nimmt auch das Bundesarbeitsgericht an.⁴⁷⁹ Eine Inhaltskontrolle solle stets dann eingreifen, wenn der Vertragsinhalt nicht zwischen den Parteien im Wege eines einseitigen Interessenausgleichs ausgehandelt, sondern einseitig vom Arbeitgeber allein festgelegt werde.⁴⁸⁰ Be-

⁴⁷⁵ Siehe dazu BVerfGE 81, S. 242, 254 f.; Lieb, AcP 178, S. 196 ff.

⁴⁷⁶ Hierzu z.B. BVerfGE 81, S. 242, 254 f.; BVerfG, ZIP 1993, S. 1175, 1780; AP Nr. 18 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe unter A. II. 1. b) bb) der Gründe; BAG, AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen; AP Nr. 6 zu § 65 HGB; AP Nr. 1 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 23 Rn. 11; Hildebrandt, Disparität und Inhaltskontrolle, S. 87 ff.; Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, S. 12 ff.; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 121 ff.; Lieb, AcP 178, S. 196, 204; Schmidt-Rimpler, FS für Raiser, S. 3 ff.; ders., AcP 147, S. 130, 142 ff.; M. Wolf, RdA 1988, S. 270, 272.

⁴⁷⁷ M. Wolf, RdA 1988, S. 270, 272.

⁴⁷⁸ So MünchArbR-Bd. 1, Richardi, § 14 Rn. 61.

⁴⁷⁹ Vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen; AP Nrn. 1 und 2 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle; AP Nr. 6 zu § 65 HGB.

⁴⁸⁰ So BAG, AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen unter 2. b) der Gründe.

gründet wird diese Auffassung damit, daß der Vertragsschluß bei einer Unterwerfung unter eine, vom Arbeitgeber einseitig festgelegte Ordnung keine materielle Richtigkeitsgewähr habe.⁴⁸¹

Gegen die Auffassung der Rechtsprechung und Teilen des Schrifttums, die von einer generellen Störung der Vertragsparität im Arbeitsverhältnis ausgehen, werden aber auch aus mehreren Gründen Bedenken vorgebracht. *Richardi* geht beispielsweise davon aus, daß, wenn man generell eine gestörte Vertragsparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer annähme, dies eine richterliche Inhaltskontrolle aller Arbeitsverträge zur Konsequenz hätte. Dies wiederum hätte die Folge, daß die Funktionsfähigkeit der Vertragsfreiheit für das Arbeitsrecht generell in Abrede gestellt würde. Damit widerspräche man aber einer Grundannahme des geltenden Rechts, die das Prinzip der Privatautonomie auch für Arbeitsverhältnisse gelten ließe.⁴⁸² Desweiteren bestehe die Gefahr, die Gerichte über eine Inhaltskontrolle die Fachaufsicht über sämtliche individualrechtlichen Vereinbarungen ausüben zu lassen.⁴⁸³ Schließlich werde unterstellt, daß bei nicht individuell ausgehandelten Vertragsbedingungen die Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen nicht mehr dem Prinzip der Vertragsgerechtigkeit entsprächen.⁴⁸⁴ *Seiter* lehnt eine Störung der Vertragsparität im Arbeitsverhältnis sogar ganz ab. Er begründet seine Ansicht damit, daß es dem Arbeitnehmer freistehe, das Angebot des Arbeitgebers abzulehnen; „schlimmstenfalls drohe ihm eine Änderungskündigung“.⁴⁸⁵

Dem Bundesarbeitsgericht und den Teilen der Rechtslehre, die von einer generell gestörten Vertragsparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausgehen, ist zu folgen. Aufgrund von sozialen und wirtschaftlichen Gegebenheiten befindet sich der Arbeitnehmer immer in einer „schwächeren“ Verhandlungsposition als der Arbeitgeber. Die Berücksichtigung und Durchsetzung von Arbeitnehmerinteressen sind daher in aller Regel schwierig und mit Problemen verbunden. Meistens wird der Arbeitnehmer bei den (Arbeits-) Vertragswerken vor vollendete Tatsachen gestellt. Dann kann er den Vertrag entweder nur in dieser Form annehmen oder ablehnen. Wenn *Seiter* diese Gegebenheit zum Anlaß nimmt, eine Störung der Vertragsparität ganz abzulehnen,⁴⁸⁶ ist ihm nicht zu folgen. Denn im Fall einer drohenden Änderungskündigung steht der Arbeitnehmer bei seiner Entscheidung unter Druck und

⁴⁸¹ Vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen unter 2. b) der Gründe; Hanau/Adomeit, ArbR, S. 30 f.

⁴⁸² MünchArbR-Bd. 1, *Richardi*, § 14 Rn. 47.

⁴⁸³ So *Blomeyer*, Anm. zu BAG, AP Nr. 170 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Bl. 4 f.

⁴⁸⁴ MünchArbR-Bd. 1, *Richardi*, § 14 Rn. 47.

⁴⁸⁵ *Seiter*, Betriebsinhaberwechsel, S. 99.

⁴⁸⁶ *Seiter*, Betriebsinhaberwechsel, S. 99.

läuft Gefahr, seinen Arbeitsplatz zu verlieren. Hier von einem Gleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei den Vertragsverhandlungen auszugehen, wäre verfehlt.

Die vereinzelt Stimmen im Schrifttum, die gegen eine generell gestörte Vertragsparität Bedenken erheben,⁴⁸⁷ begründen diese damit, daß aufgrund der Annahme einer generellen Ungleichgewichtslage parallel immer eine Verknüpfung mit einer allgemeinen Inhaltskontrolle einhergeht. Im Gegensatz zum Bundesarbeitsgericht und dem überwiegenden Teil des Schrifttums, die von einer generell gestörten Vertragsparität und damit verbunden, von einer weiten Inhaltskontrolle von (Arbeits-) Verträgen ausgehen, versuchen die Verfechter der oben genannten Meinung, die allgemeine Inhaltskontrolle dadurch zu beschränken, daß sie eine generelle Störung der Vertragsparität ablehnen. Die Inhaltskontrolle eines Arbeitsvertrages ist danach einzelfallabhängig. Dies vermag im Ergebnis zu überzeugen. Würde man alle Arbeitsverträge einer Inhaltskontrolle unterziehen, wäre einerseits das Prinzip der Privatautonomie (eine Grundannahme des geltenden Rechts), das auch im Arbeitsrecht Geltung hat, nicht mehr gewahrt, andererseits bestünde die Gefahr, daß die Gerichte über eine Inhaltskontrolle eine Fachaufsicht über sämtliche individualrechtliche Vereinbarungen ausüben könnten.⁴⁸⁸

Wenn demnach aus gewichtigen Gründen eine allgemeine Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen vermieden werden muß, ist dies nicht durch die Zurückweisung der generell gestörten Vertragsparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu realisieren, wie dies im Schrifttum vereinzelt angenommen wird. Wie bereits in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der herrschenden Ansicht im Schrifttum festgestellt wurde, ist grundsätzlich von einer Ungleichgewichtslage zwischen den Arbeitsvertragsparteien auszugehen. Nach meiner Einschätzung rechtfertigt diese Ungleichgewichtslage aber noch keine allgemeine Inhaltskontrolle. Diese kann nicht mit einer pauschalen Berufung auf die schwache Position des Arbeitnehmers begründet werden. Da im Arbeitsrecht grundsätzlich von der Geltung der Vertragsfreiheit auszugehen ist, bedarf die Inhaltskontrolle einer besonderen Rechtfertigung.

⁴⁸⁷ Siehe MünchArbR-Bd. 1, Richardi, § 14 Rn. 47; Blomeyer, Anm. zu BAG, AP Nr. 170 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Bl. 4 ff.

⁴⁸⁸ Siehe Blomeyer, Anm. zu BAG, AP Nr. 170 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Bl. 4 f.

bb) Die vom Arbeitgeber veranlaßte, für den Arbeitnehmer ungünstige Änderung

Bei einer Kürzung oder gänzlichen Streichung von übertariflichen Geldzulagen aufgrund eines vom Arbeitgeber veranlaßten Abänderungsvertrages, erscheint eine Inhaltskontrolle des abgeänderten Arbeitsvertrages angebracht zu sein. In diesem Fall gilt es aber zu differenzieren.

(1) Die druckfreie Situation

Falls der Arbeitnehmer einem für ihn ungünstigen Änderungsvorschlag des Arbeitgebers (Einsparung durch die teilweise oder vollständige Streichung der übertariflichen Geldzulagen) zustimmt, ohne daß für ihn eine spezifische Druck-situation besteht, bedarf es keiner Inhaltskontrolle dieses Abänderungsvertra-ges. Man muß davon ausgehen, daß der Arbeitnehmer Gründe für seine Zu-stimmung hatte, sei es, daß die Änderung ihn nur wenig belastet, sei es, daß er nur um des Betriebsklimas willen die Änderung akzeptiert. Möglicherweise er-kennt der Arbeitnehmer auch die Beweggründe des Arbeitgebers für die Ver-tragsänderung, wie zum Beispiel Sparzwänge oder Umstrukturierung der Ar-beitgeberleistungen an.

(2) Kompensation

Einem einzelnen Arbeitnehmer kann eine für ihn ungünstige, vom Arbeitgeber ausgehende Abänderung des Arbeitsvertrages bei einer Gesamtbetrach-tung trotzdem günstig erscheinen. Wenn beispielsweise der Arbeitgeber zum Zwe-cke der Unternehmenssanierung übertarifliche Geldzulagen mit Hilfe von Ab-änderungsverträgen einzusparen versucht, muß der Arbeitnehmer zwar finan-zielle Nachteile beim neuen Arbeitsvertrag in Kauf nehmen, kann sich dadurch aber möglicherweise seinen Arbeitsplatz erhalten. Im Ergebnis ist hier die Zu-stimmung des Arbeitnehmers zu den neuen, finanziell ungünstigeren Arbeits-bedingungen vorteilhafter, als eine (betriebsbedingte) Kündigung. Auch in die-sem Fall ist eine Inhaltskontrolle des abgeänderten Arbeitsvertrages wenig sinnvoll.

(3) Nachträgliche Vertragsänderung unter Druck

Eine Inhaltskontrolle des Abänderungsvertrages ist aber möglicherweise dann vom Gericht vorzunehmen, wenn der Arbeitnehmer bei seiner Entscheidung, die neuen, ungünstigeren, vom Arbeitgeber veränderten Arbeits-bedingungen anzunehmen oder nicht, einer spezifischen Drucksituation aus-gesetzt ist. Im Zusammenhang mit übertariflichen Geldzulagen sind die bei dieser Entschei-dung wohl am meisten vorkommenden Drucksituationen für den Arbeitnehmer gegeben, wenn ihm der Arbeitgeber hinsichtlich dieser Zulagen abgeänderte Arbeitsbedingungen anbietet, jedoch gleichzeitig für

den Fall der Nichtannahme dieser Vertragsbedingungen mit einem Widerruf der Geldzulagen nach freiem Belieben oder einer betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG droht.

(a) Drohung mit einem Widerruf der übertariflichen Geldzulagen nach freiem Belieben

Droht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für den Fall der Nichtannahme des Abänderungsangebotes mit dem Widerruf der übertariflichen Geldzulagen nach freiem Belieben, ist der unter einer solchen Drohung zustande gekommene abgeänderte Arbeitsvertrag keiner gerichtlichen Inhaltskontrolle zu unterziehen. Sofern sich der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag ausdrücklich einen solchen Widerruf vorbehalten hat, kann er nach der hier vertretenen Ansicht die übertariflichen Geldzulagen jederzeit durch einen an keine Gründe gebundenen Widerruf teilweise oder sogar gänzlich streichen.⁴⁸⁹ Als logische Konsequenz hieraus muß es dem Arbeitgeber erst recht gestattet sein, einen teilweisen oder gänzlichen Widerruf der übertariflichen Geldzulagen nach freiem Belieben als Druckmittel für die Annahme seines Angebotes dem Arbeitnehmer anzudrohen.

(b) Drohung mit einer betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG

Droht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für den Fall der Nichtannahme des Abänderungsangebotes mit einer betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG besteht eine fast identische Sachlage wie bei der Änderungskündigung nach § 2 KSchG, allerdings mit dem Unterschied, daß dem Arbeitnehmer hier die betriebsbedingte Beendigungskündigung nur angedroht wird. Hinsichtlich des Kündigungsschutzes ist der Arbeitnehmer in dieser Situation insgesamt aber schlechter gestellt als bei einer Änderungskündigung. Zwar besteht für den Arbeitnehmer bei Ablehnung des arbeitgeberseitigen Änderungsangebotes sowohl bei der angedrohten und dann ausgesprochenen Beendigungskündigung als auch bei der Änderungskündigung derselbe Kündigungsschutz (§ 1 Abs. 2 S. 1 bis 3, Abs. 3 S. 1 und 2 KSchG), jedoch genießt er bei Annahme des mit der Änderungskündigung verbundenen Angebotes einen größeren Schutz. Bei der Änderungskündigung kann der Arbeitnehmer nämlich das Änderungsangebot des Arbeitgebers gemäß § 2 S. 1 KSchG unter dem Vorbehalt, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist (§ 1 Abs. 2 S. 1 bis 3, Abs. 3 S. 1 und

⁴⁸⁹ Entgegen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der herrschenden Ansicht der Rechtslehre, welche die Ausübung eines jeden Widerrufsvorbehaltes hinsichtlich übertariflicher Geldzulagen, ungeachtet seiner namentlichen Bezeichnung, nur nach billigem Ermessen im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB zulassen; ausführlich hierzu in Teil 3: A. III.

2 KSchG) annehmen. Er kann die soziale Rechtfertigung der geänderten Arbeitsbedingungen gemäß § 4 S. 2 KSchG gerichtlich überprüfen lassen, wobei er nicht das Risiko eingeht, seinen Arbeitsplatz zu verlieren. Sind die geänderten Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt, wird der Arbeitsvertrag zu diesen neuen Bedingungen fortgesetzt, sind sie es nicht, ist die Änderungskündigung rechtsunwirksam und das alte Arbeitsverhältnis besteht unverändert weiter. Beim arbeitgeberseitigen Änderungsangebot unter Androhung einer Beendigungskündigung hat der Arbeitnehmer dagegen nicht die Möglichkeit einer Vorbehaltsannahme. Entweder nimmt er dieses Änderungsangebot bedingungslos an oder er sieht sich mit einer betriebsbedingten Beendigungskündigung konfrontiert, durch die er seinen Arbeitsplatz endgültig verlieren kann. In dieser mißlichen Lage sind viele Arbeitnehmer bereit, lieber die „neuen“ ungünstigeren Arbeitsbedingungen in Kauf zu nehmen, als sich auf einen Kündigungsschutzprozeß einzulassen und möglicherweise ihren Arbeitsplatz zu verlieren. Eine solche Drucksituation für den Arbeitnehmer soll und darf dem Arbeitgeber jedoch nicht die Möglichkeit geben, unter dem „Deckmantel“ der Privatautonomie Arbeitsbedingungen mit Hilfe von Abänderungsverträgen, unter Umgehung des § 2 KSchG, eventuell mißbräuchlich und sozial ungerechtfertigt abzuändern. Aus genannten Gründen sollten deshalb Abänderungsangebote des Arbeitgebers, die für den Fall der Nichtannahme durch den Arbeitnehmer mit einer Drohung in Form einer betriebsbedingten Beendigungskündigung nach § 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG verbunden werden, stets einer Inhaltskontrolle unterzogen werden.⁴⁹⁰ Dies gilt somit auch für die Abänderungsangebote des Arbeitgebers, die wegen betriebsbedingter Gründe in Zukunft nur noch gekürzte oder sogar überhaupt keine Zulagengelder mehr bei den ursprünglich arbeitsvertraglich anspruchsberechtigten Arbeitnehmern vorsehen.

III. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund der Ausübung eines ausdrücklich vorbehaltenen Widerrufs

Hat sich der Arbeitgeber im jeweiligen Arbeitsvertrag den teilweisen oder vollständigen Widerruf der übertariflichen Geldzulagen gegenüber dem anspruchsberechtigten Arbeitnehmer ausdrücklich vorbehalten, so besteht für ihn grundsätzlich die Möglichkeit, die Zulagengelder durch die Ausübung des Widerrufsvorbehaltes zu kürzen (teilweiser Widerruf) oder die Zulagenzahlungen ganz einstellen (vollständiger Widerruf).⁴⁹¹ Im folgenden sind die hiermit verbundenen Probleme zu erörtern.

⁴⁹⁰ Wank (Wank, in: Hromadka, Änderung, S. 35, 71) spricht sich bei der Verbindung von Änderungsangebot und (angedrohter) Kündigung sogar für eine analoge Anwendung des § 2 KSchG aus.

⁴⁹¹ Zur Vereinbarung eines Widerrufsvorbehaltes siehe Teil 2: A. I. 3. d).

Begriff, Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Widerrufs

Im Arbeitsrecht ist unter „Widerruf“ die teilweise oder vollständige zukünftige Kürzung von Arbeitgeberleistungen durch einseitige Erklärung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer zu verstehen.⁴⁹² Der Entzug der Arbeitgeberleistung erfolgt durch Widerrufserklärung. Diese Gestaltungserklärung ist kein Realakt, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft,⁴⁹³ auf das die allgemeinen Vorschriften des BGB Anwendung finden.⁴⁹⁴ Als einseitige, empfangsbedürftige und rechtsgestaltende Willenserklärung erlangt der Widerruf nur Rechtswirkung mit Zugang beim Arbeitnehmer (vergleiche § 130 BGB).⁴⁹⁵ Sofern der Arbeitgeber seine Leistungen gegenüber mehreren Arbeitnehmern widerruft, muß der Widerruf jedem einzelnen zugehen. Hierfür genügt jedoch schon beispielsweise ein Aushang am „schwarzen Brett“.⁴⁹⁶

Ist der Widerruf des Arbeitgebers zulässig,⁴⁹⁷ wird mit Zugang der Widerrufserklärung beim Arbeitnehmer seine Bindung an die von ihm zugesagte Leistung entweder teilweise oder gänzlich - je nach Ausgestaltung der Widerrufserklärung - beseitigt und das Entstehen neuer Ansprüche des Arbeitnehmers in der Zukunft verhindert. Dagegen kann der Arbeitgeber mittels eines Widerrufs nicht in den Bestand bereits bestehender Ansprüche eingreifen. Dies ergibt sich aus der Einordnung des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis, bei dem wiederkehrende Ansprüche des Arbeitnehmers auf Zahlung der zugesagten Leistungen (beispielsweise monatliche Erschwerniszulagen oder jährliche Weihnachtsgratifikationen) als jeweils selbständige Forderungen anzusehen sind.⁴⁹⁸ Ebenso kann der Arbeitgeber die schon vor seinem Widerruf von ihm gewährten Leistungen an den Arbeitnehmer von diesem nicht mehr zurückfordern, da dessen Ansprüche auf die Leistungen bis zum Zeitpunkt der Widerrufsübung bereits wirksam entstanden waren.⁴⁹⁹

⁴⁹² Siehe z.B. BAG, AP Nr. 6 zu § 2 KSchG 1969 unter II. 3. c) der Gründe; Betz, Die Änderungskündigung, S. 62; Wank, in: Hromadka, Änderung, S. 35, 44; nur auf übertarifliche Zulagen beziehend Rau, Die Systematik, S. 41.

⁴⁹³ So BAG, AP Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung LS 5; Egger, Gestaltungsrecht und Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 27; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 113 ff.; Heither, ArbRdG 1994, S. 55, 61.

⁴⁹⁴ So schon die Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 2, S. 192; Rau, Die Systematik, S. 43; Wiese, NZA 1990, S. 793, 797.

⁴⁹⁵ Siehe z.B. Schaub, ArbR, S. 661.

⁴⁹⁶ Vgl. Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 113 ff.; ausführlich zum Zugang einer Willenserklärung durch Aushang am „schwarzen Brett“ vgl. Teil 3: A. VIII. 3.

⁴⁹⁷ Siehe hierzu die nachfolgenden Ausführungen in Teil 3: A. III. 2.

⁴⁹⁸ So Gernhuber, Das Schuldverhältnis, S. 383.

⁴⁹⁹ Vgl. Rau, Die Systematik, S. 42.

2. Die Ausübung des Widerrufsvorbehaltes

In dem ausdrücklichen Widerrufsvorbehalt hinsichtlich übertariflicher Geldzulagen kann dem Arbeitgeber der Widerruf dieser Zulagen nach freiem Belieben oder nach billigem Ermessens im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB vorbehalten sein.⁵⁰⁰

a) Widerruf nach freiem Belieben

Hat sich der Arbeitgeber den Widerruf übertariflicher Geldzulagen nach freiem Belieben vorbehalten, braucht er bei der Kürzung oder gänzlichen Streichung dieser Zulagen die Interessen des einzelnen Arbeitnehmers nicht zu berücksichtigen.⁵⁰¹ Er müßte für seinen Widerruf weder ein berechtigtes Interesse nachweisen noch diesen sachlich begründen.⁵⁰² Deshalb ist ein Widerruf nach freiem Belieben auch nicht auf seine Angemessenheit, Verhältnismäßigkeit und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen.⁵⁰³ Darauf ob und unter welchen Voraussetzungen ein solcher Widerruf nach freiem Belieben zulässig ist, ist noch näher einzugehen.⁵⁰⁴

b) Widerruf nach billigem Ermessen im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB

Hat sich der Arbeitgeber den Widerrufsvorbehalt nach billigem Ermessen im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB vorbehalten, so kann er seine Kürzungs- oder Streichungsentscheidung erst treffen, wenn er für sie einen sachlichen Grund nachweisen kann,⁵⁰⁵ und nachdem er sich gleichsam wie ein Unparteiischer seine Interessen und die Belange des Arbeitnehmers vergegenwärtigt und diese gegeneinander abgewogen hat.⁵⁰⁶ Beim Widerruf übertariflicher Geld-

⁵⁰⁰ Wenn im folgenden von einem Widerrufsvorbehalt gesprochen wird, handelt es sich immer um einen ausdrücklich vorbehaltenen Widerruf.

⁵⁰¹ Siehe BAG, AP Nr. 5 zu § 87 a HGB unter 4. a) der Gründe; AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter I. der Gründe; Ziepkke, Anrechnung und Widerruf, S. 75.

⁵⁰² Vgl. BAG, EzBAT Nr. 3 zu § 35 BAT unter II. 2. der Gründe; U. Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung, S. 179.

⁵⁰³ Zu den einzelnen Begriffen siehe v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit, S. 96, 99 und 101.

⁵⁰⁴ Siehe dazu Teil 3: A. III. 2. c).

⁵⁰⁵ Siehe z.B. BAG, AP Nr. 11 zu § 611 BGB Lohnzuschläge unter II. 2. der Gründe; AP Nrn. 5 und 6 zu § 611 BGB Lohnzuschläge jeweils unter 3. der Gründe; AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle unter II. 4. der Gründe; AP Nr. 11 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn und Tarifloohnerhöhung.

⁵⁰⁶ Vgl. BAG, AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt; AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle; AP Nr. 20 zu § 611 BGB Direktionsrecht; AP Nr. 75 zu § 611 BGB Gratifikation; AP Nrn. 5 und 6 zu § 611 BGB Lohnzuschläge; AP Nr. 10 zu § 315 BGB; AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung; AP Nrn. 4 und 8 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag; AP Nr. 6 zu § 2 KSchG 1969; AP Nr. 2 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie; AP Nr. 20 zu § 1 Tarifverträge: Lufthansa; siehe auch BGHZ 18,

zulagen können als Abwägungskriterien unter anderem folgende Umstände die Billigkeitskontrolle beeinflussen:⁵⁰⁷ die wirtschaftlichen Interessen der Parteien, insbesondere die wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitgebers,⁵⁰⁸ die Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse,⁵⁰⁹ der Zweck der Arbeitgeberleistung,⁵¹⁰ der finanzielle Umfang der Arbeitgeberleistung, die Dauer der Leistungsgewährung. Erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten des Arbeitgebers bilden grundsätzlich einen sachlichen Widerrufsgrund.⁵¹¹ Eine bloße wirtschaftlich ungünstige Entwicklung reicht dagegen nicht aus.⁵¹²

Unabhängig von der wirtschaftlichen Situation des Arbeitgebers liegt ein sachlicher Widerrufsgrund auch vor, wenn der mit der freiwilligen zusätzlichen Arbeitgeberleistung verbundene Zweck nicht mehr erreicht werden kann. Oftmals zahlt der Arbeitgeber bestimmten Arbeitnehmern übertarifliche Geldzulagen in Form von Erschwerniszulagen, wie beispielsweise Schmutzzulagen, um die über der „Normalarbeitsleistung“ liegende, zusätzlich belastende Tätigkeit dieser Arbeitnehmer zu honorieren. Es ist aber nicht unüblich, daß der Arbeitgeber den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern im Rahmen seines Direktionsrechtes im Laufe der Zeit betriebsbedingt für die Zukunft eine andere Tätigkeit zuweist, bei der die belastenden Umstände der vorherigen Tätigkeit nicht mehr vorliegen. Durch diesen Umstand ist der eigentliche Zweck der Erschwerniszulage entfallen und damit nicht mehr erreichbar. Ein vollständiger Widerruf der Schmutzzulagen wäre in diesem Fall sachlich gerechtfertigt und entspräche dem billigen Ermessen des § 315 Abs. 1 BGB.

Sachlich gerechtfertigt und dem billigen Ermessen entsprechend wäre auch der Widerruf einer der Verbesserung der Quantität oder Qualität der Arbeit-

S. 149, 152; 41, S. 272, 279; MünchArbR-Bd. 1, Hanau, § 60 Rn. 107; v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit, S. 41 und 206; Schaub, ArbR, S. 666; Hromadka, DB 1995, S. 1609, 1611; ders., RdA 1992, S. 234, 237.

⁵⁰⁷ Umfassend zur Billigkeitsprüfung vgl. v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit, S. 113 ff. und 117 ff.

⁵⁰⁸ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 15 zu § 1 TVG Tarifverträge: Rundfunk; AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Unterstützungskassen unter V. 3. der Gründe; AP Nr. 9 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen unter I. 3. a) der Gründe; AP Nr. 7 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen unter I. 2. der Gründe; Griebeling, ZIP 1993, S. 1055, 1060.

⁵⁰⁹ Siehe hierzu BAG, AP Nr. 21 zu § 75 BPersVG.

⁵¹⁰ Hierzu BAG, AP Nr. 11 zu § 611 BGB Lohnzuschläge unter II. 2. der Gründe; AP Nr. 5 zu § 611 BGB Lohnzuschläge; U. Preis, Grundfragen zur Vertragsgestaltung, S. 309.

⁵¹¹ Vgl. z.B. im Zusammenhang mit Ruhegeldzusagen BAG, AP Nr. 7 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen unter I. 2. a) der Gründe.

⁵¹² A.A. ist wohl Griebeling, ZIP 1993, S. 1055, 1060.

nehmerleistung dienenden „Motivationszulage“ bei einer nicht unerheblichen Schlechtleistung des betreffenden Arbeitnehmers.⁵¹³

Ebenfalls gerechtfertigt ist der Widerruf einer Tätigkeitszulage nach Höhergruppierung des Arbeitnehmers in eine durch Tarifvertrag neu eingeführte Gehaltsgruppe.⁵¹⁴

c) Freies Belieben oder billiges Ermessen ?

Welche der oben genannten Vertragsgestaltungen (Widerruf nach freiem Belieben oder Widerruf nach billigem Ermessen) vom Arbeitgeber gewollt ist, muß im Wege der Auslegung ermittelt werden. Meistens beinhalten die Widerrufsvorbehalte Formulierungen wie: „der jederzeitige Widerruf ist vorbehalten“; „die Leistungen sind unverbindlich“; „freiwillig und ohne Rechtsanspruch“; „ein Rechtsanspruch auf die Leistungen besteht nicht“.⁵¹⁵ Diese Formulierungen indizieren in der Regel einen Vorbehalt nach freiem Belieben.

Falls sich der Arbeitgeber den Widerruf übertariflicher Geldzulagen nach freiem Belieben vorbehalten hat, ist zu fragen, ob er diese Zulagenzahlungen wirklich ohne jede sachliche Begründung jederzeit kürzen oder sogar ganz einstellen kann oder ob ihm bei der Ausübung des Vorbehaltes durch § 315 Abs. 1 BGB (Beachtung billigen Ermessens) beziehungsweise anderen gesetzlichen Bestimmungen Grenzen gesetzt werden können und müssen. Diese Frage muß man sich stellen, denn die Einräumung eines arbeitgeberseitigen Widerrufsrechtes nach freiem Belieben könnte für manchen betroffenen Arbeitnehmer bedeuten, durch eine für ihn unvorhersehbare Streichung der Zulagengelder, finanziell erheblichen Komplikationen ausgesetzt zu sein. Es kann Fälle geben, in denen die durch den Wegfall der Geldzulage bedingte Verminderung des Effektivlohnes dazu führt, daß bestehende Verbindlichkeiten, wie zum Beispiel aufgenommene Kredite zur Finanzierung von größeren Anschaffungen, etwa eines Hauses oder eines Autos, nur unter schwersten Bedingungen oder gar nicht mehr getilgt werden können. Es kann aber auch vorkommen, daß sogar der notwendige tägliche Lebensbedarf gravierend eingeschränkt werden muß.

⁵¹³ Vgl. BAG, AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle unter II. 4. der Gründe, wobei der Widerruf einer „außertariflichen“ Zulage jedoch nicht gerechtfertigt sei, wenn die Schlechtleistung drei Jahre zurückliegt.

⁵¹⁴ Vgl. BAG, AP Nr. 11 zu § 611 BGB Lohnzuschläge unter II. 2. der Gründe.

⁵¹⁵ Siehe hierzu die Formulierungen in Teil 2: A. I. 3. d).

**aa) Die Ansicht des Bundesarbeitsgerichts und der überwiegenden
Rechtslehre: Widerrufsübung nur nach billigem Ermessen im
Sinne des § 315 Abs. 1 BGB**

Das Bundesarbeitsgericht hat zu der oben aufgeworfenen Frage bereits Stellung bezogen und in zahlreichen Urteilen bestätigt, daß auch eine freiwillige Leistung, die mit dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs versehen wurde, den Arbeitgeber nicht dazu berechtigt, ohne Angabe von Gründen nach freiem Belieben einen Widerruf auszusprechen, der etwa nur dahingehend nachzuprüfen wäre, ob der Widerruf willkürlich erfolgt ist. Im Zweifel greife die Vorschrift des § 315 Abs. 1 BGB ein, nach der die Bestimmung der Leistung (dazu gehört auch der Widerruf von übertariflichen Geldzulagen) nur nach billigem Ermessen zu treffen ist, das heißt, nach Abwägung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen.⁵¹⁶ Diese Rechtsprechung weist einige Parallelen zu den Entscheidungen auf, die das Bundesarbeitsgericht im Zusammenhang mit dem Widerruf von betrieblichen Ruhegeldzusagen getroffen hat. Auch bezüglich dieser Gelder hat das Bundesarbeitsgericht einen willkürlich und sachlich unbegründeten teilweisen oder vollständigen Widerruf seitens des Arbeitgebers abgelehnt.⁵¹⁷ Schon aus allgemeinen Rechtsgründen leitete es her, daß ein Widerruf nicht rechtsmißbräuchlich oder willkürlich erfolgen darf.⁵¹⁸ Das Bundesarbeitsgericht ist sogar noch darüber hinausgegangen und ließ einen Widerruf bei Ruhegeldzusagen nur noch im Falle des Vorliegens eines sachlich begründeten, aner kennenswerten, vernünftigen und billigen Anlasses zu.⁵¹⁹

Diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht für den Bereich von übertariflichen Geldzulagen bekräftigt. Bereits im Jahre 1967 entschied es, daß auch Leistungszulagen unter dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs gewährt werden können. Es spreche viel dafür, eine „jederzeit widerruflich“ gewährte Zulage nur nach billigem Ermessen und nicht nach freiem Belieben kürzen zu dürfen. Das billige Ermessen sei in einem solchen Fall gewahrt, wenn der Arbeitgeber für die Kürzung einen sachlichen Grund habe.⁵²⁰

⁵¹⁶ So ausdrücklich etwa BAG, AP Nr. 20 zu § 611 BGB Direktionsrecht; AP Nr. 5 zu § 611 BGB Lohnzuschläge unter 3. der Gründe; AP Nr. 6 zu § 611 BGB Lohnzuschläge unter 3. der Gründe; AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung; AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Lufthansa unter II. 4. der Gründe; AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle unter II. 2. bis 4. der Gründe.

⁵¹⁷ Siehe dazu z.B. BAG, AP Nrn. 7 und 9 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen; AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung; AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

⁵¹⁸ Siehe z.B. BAG, AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter I. der Gründe.

⁵¹⁹ Vgl. z.B. BAG, AP Nrn. 7 und 9 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen.

⁵²⁰ Siehe BAG, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Lohnzuschläge unter 3. der Gründe.

Diese noch etwas unbestimmte Äußerung hat das Bundesarbeitsgericht im Jahre 1972 im Zusammenhang mit einer übertariflichen Erschwerniszulage konkretisiert: „Widerruf und Kürzung übertariflicher Lohnbestandteile können nur nach billigem, gerichtlich nachprüfbarem Ermessen erfolgen. Der Widerruf einer übertariflichen Erschwerniszulage ist sachbezogen und entspricht daher billigem Ermessen, wenn er aus Anlaß einer neuen, eine leistungsgerechte Entlohnung anstrebenden tariflichen Lohnregelung erfolgt. Dies gilt auch dann, wenn die tarifliche Lohnregelung selbst keine Erschwerniszulage vorsieht. Der Annahme einer Sachbezogenheit und der Innehaltung der Schranken des billigen Ermessens bei dem erfolgten Widerruf steht nicht entgegen, daß auch andere Arbeitnehmer ohne Erschwernis durch die Tarifänderung in den Genuß einer besseren Bezahlung gelangen; dieser Umstand schließt nicht aus, daß das neue, erhöhte Engelt vom Widerrufenden als nun leistungsgerechtes Arbeitsengelt angesehen werden durfte“.⁵²¹

In den achtziger Jahren hat das Bundesarbeitsgericht seine Judikatur bestätigt: Die Ausübung des Widerrufsrechtes sei auch bei freiwilligen und als jederzeit widerruflich vereinbarten Zulagen nicht nach freiem Belieben möglich. Sie müßte vielmehr billigem Ermessen nach § 315 Abs. 1 BGB entsprechen. Maßstab für das billige Ermessen sei ausschließlich der jeweilige Zweck der Zulage. Demnach komme ein Widerruf nur aus solchen Gründen in Betracht, die mit den Sachgründen für die Gewährung der Zulage im Zusammenhang stünden. Wenn der Arbeitgeber die Zulage zum Beispiel als leistungsunabhängige Arbeitsmarktzulage gewährt habe, könne sie nicht wegen Leistungsmängeln widerrufen werden. In solchen Fällen könne vielmehr der Wegfall der Zulage nur durch eine Änderungskündigung erreicht werden.⁵²²

In einem anderen Fall, in dem eine übertarifliche Leistungszulage vom Arbeitgeber als freiwillige, jederzeit nach freiem Belieben widerrufliche Leistung bezeichnet worden war, hielt das Bundesarbeitsgericht einen Widerrufsvorbehalt nach freiem Belieben dann für unzulässig, wenn sich dieser Vorbehalt auf Bestandteile des laufenden Verdienstes beziehen würde.⁵²³ Die Begründung hierfür wurde aus einer Parallele zu dem vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Grundsatz gezogen, daß Vereinbarungen von Widerrufsvorbehalten nicht unbegrenzt zulässig seien und insbesondere nicht zur Umgehung von kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften führen dürften.⁵²⁴ Ebenso wie der Arbeitnehmer gegen Verträge geschützt werden müsse, mit denen das Kündigungsschutzgesetz, insbesondere § 2 KSchG, umgangen werde, bedürfe er des Schutzes gegen Vereinbarungen, die dem Arbeitgeber

⁵²¹ So BAG, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Lohnzuschläge unter 4. der Gründe.

⁵²² BAG, AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung unter IV. der Gründe.

⁵²³ Vgl. dazu BAG, AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle.

⁵²⁴ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 10 zu § 315 BGB; AP Nr. 20 zu § 611 BGB Direktionsrecht; AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung; AP Nr. 6 zu § 2 KSchG 1969.

entgegen § 315 Abs. 1 BGB das Recht zum einseitigen Widerruf nach freiem Belieben einräumen und diesem damit ermöglichen, das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung unkontrolliert zu verändern.⁵²⁵ Der Arbeitnehmer könne nicht zugleich auf den Schutz kündigungsrechtlicher Vorschriften (§ 2 KSchG) und den Schutz durch gerichtliche Ermessenskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB verzichten.⁵²⁶ Diese Ansicht der Rechtsprechung findet ebenfalls eine starke Stütze in der Rechtslehre.⁵²⁷

Ihr zufolge würde dem Widerrufsvorbehalt nach freiem Belieben hinsichtlich übertariflicher Geldzulagen im Grunde genommen rechtlich keine eigene Bedeutung mehr zukommen. Wurde ein solcher Vorbehalt vertraglich vereinbart, wie dies noch regelmäßig geschieht, hätte der Arbeitgeber ungeachtet einer namentlichen Bezeichnung des Vorbehaltes nach freiem Belieben bei seiner Widerrufsentscheidung trotzdem die Grenzen billigen Ermessens im Rahmen des § 315 Abs. 1 BGB zu beachten.

Die Ausübung eines Widerrufsvorbehaltes hinsichtlich der Kürzung oder vollständigen Streichung übertariflicher Geldzulagen ist nach der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts und dem überwiegenden Teil der Rechtslehre somit grundsätzlich nur zulässig, soweit die getroffene Maßnahme des Arbeitgebers billigem Ermessen im Rahmen des § 315 Abs. 1 BGB entspricht. Sie ist aber nach dieser Ansicht gemäß § 134 BGB nichtig, wenn sie, wie schon erwähnt, zur Umgehung des zwingenden Kündigungsschutzes des § 2 KSchG führt. Das wird in der Regel der Fall sein, wenn wesentliche Elemente des Arbeitsvertrages einer einseitigen Änderung unterliegen sollen, durch die das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung grundlegend gestört würde.⁵²⁸ Bei der durch einen Widerruf bedingten teilweisen oder vollständigen Streichung übertariflicher Geldzulagen dürfte eine Störung dieses Äquivalenzverhältnisses wohl eher die Ausnahme bilden.⁵²⁹ So verneinte das Bundesarbeitsgericht in einer in diesem Zusammenhang richtungsweisenden Entscheidung vom 13.5.1987 bei dem Widerruf einer übertariflichen Geldzulage (Leistungszulage) in Höhe von etwa 19 % des Tariflohnes einen Eingriff in die Grundlagen des Vertrages und somit eine grundlegende Gleichgewichts-

⁵²⁵ So BAG, AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle; vgl. auch AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Lufthansa unter II. 5. der Gründe.

⁵²⁶ Ausführlich zu dieser Problematik Krauß, Widerruf von Arbeitgeberleistungen, S. 102 ff.

⁵²⁷ Vgl. hierzu Meyer, ArbR, S. 86; Schaub, ArbR, S. 588; Herschel, Anm. zu BAG, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Lohnzuschläge, Bl. 2 f.; a.A. Böttcher, Anm. zu BAG, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Lohnzuschläge, Bl. 4 f.; differenzierend MünchArbR-Bd. 1, Hannau, § 60 Rnn. 108 f.

⁵²⁸ Hierzu BAG, AP Nrn. 8 und 20 zu § 611 BGB Direktionsrecht; AP Nr. 1 zu § 620 BGB Teilkündigung; Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, § 2 Rn. 30 a) m.w.N.

⁵²⁹ Beispiele, die zur Störung des Äquivalenzverhältnisses durch einen Widerruf führen, siehe bei Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, § 2 Rn. 30 b).

störung von Leistung und Gegenleistung.⁵³⁰ Das Bundesarbeitsgericht ließ in dieser Entscheidung die Tendenz erkennen, daß selbst bei einer Rücknahme der Leistungszulagen in Höhe von 31 % des Tariflohnes kein erheblicher Eingriff in das Ordnungs- und Äquivalenzgefüge des Arbeitsvertrages vorgelegen hätte, durch den in unzulässiger Weise die kündigungsschutzrechtlichen Bestimmungen des § 2 KSchG hätten umgangen werden können.

bb) Die Ansicht von *Hanau*: Widerrufsübung auch nach freiem Belieben

Für eine befriedigende Lösung der oben gestellten Frage sollte man sich neben der Ansicht der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Rechtslehre einen dazu konträren Grundgedanken von *Hanau* vergegenwärtigen.⁵³¹ *Hanau* geht von dem allgemein anerkannten Standpunkt aus, daß Arbeitsentgelte ganz freiwillig, unter Ausschluß eines Rechtsanspruches für die Zukunft, zugesagt werden dürfen.⁵³² Durch den sogenannten Vorbehalt der Freiwilligkeit könne ein Rechtsanspruch auf eine Leistung für die Zukunft ausgeschlossen werden, selbst wenn diese Leistung mehrmals hintereinander erbracht werde.⁵³³ Diese vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Grundsätze galten vornehmlich für übertarifliche, einmalige Jahresleistungen, wie zum Beispiel Weihnachtsgratifikationen.⁵³⁴ *Hanau* gibt jedoch zu bedenken, daß ein Ausschluß dieses Rechtsanspruches in einem Spannungsverhältnis zu dem Prinzip der Einhaltung von Verträgen („pacta sunt servanda“) stehe. Daher müsse der Vorbehalt der Freiwilligkeit ausdrücklich vereinbart werden. Hierfür seien eindeutige Formulierungen notwendig, die eine Leistungsgewährung freiwillig und unter Ausschluß eines Rechtsanspruches stellen würden. Unklar sei dagegen die häufig gewählte Formulierung, eine Leistung werde „freiwillig unter dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs“ gewährt,⁵³⁵ weil die Freiwilligkeit schon die Entstehung eines Rechtsanspruches ausschließe, während der Widerrufsvorbehalt nicht die Entstehung des An-

⁵³⁰ Vgl. BAG, AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle. Eine grundlegende Störung des Gleichgewichtes zwischen Leistung und Gegenleistung aufgrund des Widerrufs übertariflicher Geldzulagen verneinte das BAG auch in darauffolgenden Entscheidungen. In einer Entscheidung des BAG (BAG, AP Nr. 34 zu § 2 KSchG 1969) ging es um eine übertarifliche Provisionszulage, die lediglich 15 % der Gesamtvergütung ausmachte. In einer anderen Entscheidung (BAG, AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Lufthansa) ging es um eine mit einer Zusatzaufgabe verbundene übertarifliche Zulage, die ebenfalls 15 % der Gesamtbezüge der Arbeitnehmer betrug.

⁵³¹ MünchArbR-Bd. 1, *Hanau*, § 60 Rnn. 109 und 110.

⁵³² So BAG, AP Nrn. 4 und 97 zu § 611 BGB Gratifikation.

⁵³³ Dazu BAG, AP Nr. 4 zu § 611 BGB Gratifikation unter 1. und 2. der Gründe; Ausnahmen gelten im Bereich der betrieblichen Altersversorgung, vgl. BAG, AP Nr. 6 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen.

⁵³⁴ Siehe z.B. BAG, AP Nr. 4 zu § 611 BGB Gratifikation.

⁵³⁵ Zur Formulierung siehe Beispiel 2 in Teil 2: A. I. 3. d).

spruches hindere, sondern nur seine Beseitigung ermögliche.⁵³⁶ *Hanau* nimmt nun an, wenn die Vertragsfreiheit so weit gehe, eine übertarifliche Leistung unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gewähren zu dürfen, es doch erst recht zulässig sein müsse, einen solchen Rechtsanspruch zwar zuzusagen, aber nur unter dem Vorbehalt des Widerrufs nach freiem Belieben. Dieser Widerruf entfalte immer noch eine stärkere Bindungswirkung, als der Ausschluß jeglichen Rechtsanspruches durch den Vorbehalt der Freiwilligkeit.⁵³⁷ Habe sich der Arbeitgeber also ausdrücklich den Widerruf übertariflicher Geldzulagen nach freiem Belieben vorbehalten, könnte er demzufolge dem Arbeitnehmer diese Zulagen jederzeit und ohne sachliche Begründung teilweise oder vollständig streichen. Bei seinen Überlegungen wendet *Hanau* die vom Bundesarbeitsgericht anerkannten Grundsätze hinsichtlich der Gewährung von einmaligen Jahresleistungen, die unter den Vorbehalt der Freiwilligkeit gestellt werden können, ebenso auf übertarifliche, monatlich gezahlte Geldzulagen an. Er bezweifelt, daß wesentliche Unterschiede zwischen laufenden monatlichen Leistungen, wie den übertariflichen Geldzulagen und einmaligen Jahresleistungen, wie zum Beispiel einer Weihnachtsgratifikation bestehen, die einen Widerruf nur im Rahmen billigen Ermessens für laufende Vergütungen rechtfertigen. Einen Widerruf nach freiem Belieben würde er, gleich dem Bundesarbeitsgericht, prinzipiell nur dann ausschließen (Nichtigkeit nach § 134 BGB), wenn durch diesen Widerruf einseitig in wesentliche Elemente des Arbeitsvertrages eingegriffen und dadurch das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung grundlegend gestört würde.⁵³⁸ „Wenn der Vorbehalt der Freiwilligkeit und des freien Widerrufs grundsätzlich zulässig ist, kann es keinen Unterschied machen, ob er sich auf laufend oder einmalig gewährte Leistungen bezieht. Maßgeblich kann nur die Höhe der Leistung sein; gehört sie zu den wesentlichen Elementen des Arbeitsverhältnisses, scheiden Freiwilligkeit und Widerruf aus“.⁵³⁹

cc) Eigene Ansicht: Zulässigkeit des Widerrufs auch nach freiem Belieben

Hat sich der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag des von der arbeitsvertraglichen Geldzulagenregelung begünstigten Arbeitnehmers einen Widerrufsvorbehalt hinsichtlich der Kürzung oder vollständigen Streichung übertariflicher Geldzulagen ausdrücklich nach freiem Belieben vorbehalten, muß er sich nach meinem Dafürhalten bei der Ausübung dieses Widerrufsvorbehaltes nicht im Rahmen billigen Ermessens im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB bewegen. Die

⁵³⁶ Vgl. auch BAG, AP Nr. 11 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung; das BAG nimmt hier einen Widerrufsvorbehalt an.

⁵³⁷ Siehe MünchArbR-Bd. 1, *Hanau*, § 60 Rn. 109.

⁵³⁸ Hier geht *Hanau* insoweit konform mit dem BAG, vgl. BAG, AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle.

⁵³⁹ So MünchArbR-Bd. 1, *Hanau*, § 60 Rn. 110.

für die Gegenansicht vom Bundesarbeitsgericht und vom überwiegenden Teil des Schrifttums vorgebrachten Begründungen vermögen im Ergebnis nicht zu überzeugen.

(1) Keine Umgehung des § 2 KSchG

Als maßgeblicher Hauptanknüpfungspunkt für die Anwendung des § 315 Abs. 1 BGB auch auf Widerrufsvorbehalte nach freiem Belieben wird von der Rechtsprechung und der Rechtslehre die Umgehung des zwingenden Kündigungsschutzes des § 2 KSchG in den Vordergrund gestellt.⁵⁴⁰ Der Änderungskündigung liege der Schutzgedanke zugrunde, daß dem Arbeitnehmer versprochene Leistungen, wie die übertariflichen Geldzulagen, nicht ohne Nachprüfung der sozialen Rechtfertigung sollen entzogen werden können. Würde man einen Widerrufsvorbehalt nach freiem Belieben zulassen, könnte nach herrschender Ansicht gerade das aber geschehen. Um dies jedoch zu vermeiden, müsse der Widerrufsvorbehalt nach freiem Belieben, ebenso wie der Widerrufsvorbehalt nach billigem Ermessen der gerichtlichen Kontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unterworfen werden.

Legt man, wie die herrschende Ansicht, bei dem Widerruf übertariflicher Geldzulagen nach freiem Belieben den Kontrollmaßstab „Umgehung des § 2 KSchG“ an,⁵⁴¹ läßt sich feststellen, daß der Arbeitgeber durch die Kürzung oder gänzliche Streichung dieser Zulagen diese kündigungsschutzrechtliche Norm im Grunde gar nicht „umgehen“ kann. Das Bundesarbeitsgericht hat nämlich in mehreren Entscheidungen festgestellt, daß der Arbeitgeber selbst bei durch Widerruf bedingten Geldzulagenstreichungen, die bis zu 19 % der Tariflohnsumme betragen, nicht einseitig in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses eingreifen und damit das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung unkontrolliert verändern würde.⁵⁴² Tendenziell hielt es in einem speziellen Fall sogar einen Widerruf übertariflicher Geldzulagen von 31 % der Tariflohnsumme, für den betreffenden Arbeitnehmer immerhin ein

⁵⁴⁰ Dieser Umgehungsgedanke als Kontrollmaßstab für Widerrufsvorbehalte wird unter anderem von Krauß (Krauß, Widerruf von Arbeitgeberleistungen, S. 66 f. m.w.N.) abgelehnt.

⁵⁴¹ Eine Ausnahme bildet Krauß (Krauß, Widerruf von Arbeitgeberleistungen, S. 68 f.), der die Überprüfung von Widerrufsvorbehalten anhand des Kontrollmaßstabes „Umgehung des § 2 KSchG“ ablehnt.

⁵⁴² In der Entscheidung des BAG (BAG, AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle) ging es um eine Streichung einer Leistungszulage in Höhe von etwa 19 % des Tariflohnes. In BAG (BAG, AP Nr. 34 zu § 2 KSchG 1969) ging es um eine übertarifliche Provisionszulage, die lediglich 15 % der Gesamtvergütung ausmachte. In einer anderen Entscheidung (BAG, AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Lufthansa) ging es um eine mit einer Zusatzaufgabe verbundene übertarifliche Zulage, die ebenfalls 15 % der Gesamtbezüge der Arbeitnehmer betrug.

monatlicher Einkommensverlust von 367.- DM, für zulässig.⁵⁴³ Das Bundesarbeitsgericht hat mit dieser Rechtsprechung aber nicht zum Ausdruck gebracht, bei einer Grenzüberschreitung der Zulagenstreichung in dieser Größenordnung bereits einer Umgehung des § 2 KSchG anzunehmen. Folgt man der noch konsequenteren Ansicht *Henssler*s, welcher einen Eingriff in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses erst annimmt, wenn durch den Widerruf der tariflich festgelegte Lohn gekürzt werde,⁵⁴⁴ so ist bei einem Widerruf übertariflicher Geldzulagen nach freiem Belieben eine Umgehung dieses Kündigungsschutzes sogar ganz ausgeschlossen, da es bei diesem Widerruf dem Arbeitgeber nur um die Beseitigung übertariflicher Lohnbestandteile geht.⁵⁴⁵

Obwohl das Bundesarbeitsgericht die angeführten Überlegungen hinsichtlich der Höhe der Streichung übertariflicher Geldzulagen im Zusammenhang mit der Zulässigkeitsprüfung von Widerrufs nach billigem Ermessen im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB ausgeführt hat, kann somit nach dieser Ansicht auch ein Widerruf des Arbeitgebers nach freiem Belieben, bis zu einer Geldzulagenstreichung in Höhe der von ihm für zulässig erachteten 31 % des Tariflohnes, nicht zu einer Umgehung des § 2 KSchG führen. Die Grenzziehung des Bundesarbeitsgerichts ist jedoch zu abstrakt. Nach meiner Meinung führt der teilweise oder vollständige Widerruf der übertariflichen Geldzulagen, unabhängig von deren prozentualem Verhältnis zur Tariflohnsumme, nie zur Umgehung des § 2 KSchG. Da es sich bei den übertariflichen Geldzulagen um freiwillige zusätzliche Arbeitgeberleistungen zum tariflich normierten Mindestlohn handelt, ist insoweit der konsequenten Ansicht *Henssler*s zu folgen, der einen Eingriff in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses zu Recht erst annimmt, wenn durch den Widerruf dieser tariflich festgelegte Lohn gekürzt werden soll.⁵⁴⁶

(2) Regelung in § 315 Abs. 1 BGB dispositiv

Die Ansicht der Rechtsprechung und der überwiegenden Rechtslehre, auch die Ausübung des Widerrufsvorbehaltes nach freiem Belieben zwingend dem billigen Ermessen nach § 315 Abs. 1 BGB zu unterwerfen, ist nur in den Fällen nachvollziehbar und zustimmungsfähig, in denen der Arbeitgeber durch undeutliche und unpräzise Textformulierungen im Arbeitsvertrag nicht eindeutig erkennen läßt, ob er sich bezüglich der übertariflichen Geldzulagen

⁵⁴³ Vgl. BAG, AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle.

⁵⁴⁴ Henssler, Anm. zu BAG, SAE 1988, S. 161, 165.

⁵⁴⁵ Anderer Ansicht ist Rau (Rau, Die Systematik, S. 63), die einen Eingriff in das Äquivalenzgefüge von Leistung und Gegenleistung dann annimmt, wenn der Widerruf der übertariflichen Zulagen einen hohen Prozentsatz des Effektivlohnes ausmacht. Wieviel Prozent das sein müssen, läßt Rau jedoch offen.

⁵⁴⁶ Henssler, Anm. zu BAG, SAE 1988, S. 161, 165.

einen Widerrufsvorbehalt nach freiem Belieben oder einen solchen nach billigem Ermessen vorbehalten hat. Hier ist die Anwendung des § 315 Abs. 1 BGB angebracht, der bei derartigen Zweifeln der Leistungsbestimmung eine Entscheidung nach billigem Ermessen vorschreibt. Dem Arbeitnehmer ist in diesen Fällen ein schutzwürdiges Vertrauen dahingehend zuzusprechen, daß ihm vom Arbeitgeber einmal zugesagte, monatlich wiederkehrende übertarifliche Geldzulagen ohne sachliche, billigenwerte Begründung nicht einfach gekürzt oder gänzlich gestrichen werden können. Da empfangsbedürftige Willenserklärungen vom Empfängerhorizont her so auszulegen sind, wie sie vom Empfänger verstanden werden mußten, ist vom Arbeitgeber zu verlangen, sich in das Verständnis seiner Arbeitnehmer hineinzudenken.⁵⁴⁷ Bei Zweifeln, ob nun freies Belieben oder billiges Ermessen hinsichtlich des Widerrufs vorbehalten war, kann somit im „Ernstfall“ der Geldzulagenstreichung der Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber zur Rechenschaft ziehen und nachfragen, aus welchem Grund er die übertariflichen Geldzulagen gestrichen hat. Notfalls kann der Arbeitnehmer die Widerrufsentscheidung des Arbeitgebers gerichtlich auf ihre „Billigkeit“ hin überprüfen lassen (vergleiche § 315 Abs. 3 BGB).

In aller Regel hat sich der Arbeitgeber aber durch eindeutige Formulierung des Widerrufsvorbehaltes die Kürzung oder völlige Streichung der übertariflichen Geldzulagen nach freiem Belieben vorbehalten. Auch in diesen Fällen eine Ausübung des Widerrufsvorbehaltes nur nach billigem Ermessen im Rahmen des § 315 Abs. 1 BGB zuzulassen, ist verfehlt. Da die Vorschrift des § 315 Abs. 1 BGB dispositives Recht enthält,⁵⁴⁸ das dispositive Recht aber nur Leitbild sein und nicht zu zwingendem Recht werden soll,⁵⁴⁹ kann dem Arbeitgeber sehr wohl eine Leistungsbestimmung nach freiem Belieben zustehen.⁵⁵⁰ Dies ist Ausdruck der Privatautonomie.⁵⁵¹ Die Rechtsprechung und die herrschende Ansicht in der Rechtslehre berücksichtigen nicht hinreichend, daß § 315 Abs. 1 BGB lediglich eine Auslegungsregel darstellt.⁵⁵² Die Ausübung des Widerrufsvorbehaltes nach freiem Belieben ist deshalb nicht schon von vornherein unzulässig, wie von der Rechtsprechung und der herrschende Ansicht in der Rechtslehre zu Unrecht angenommen, sondern erst bei Überschreitung der Grenzen der Vertragsfreiheit.⁵⁵³

⁵⁴⁷ So auch Bötticher, Anm. zu BAG, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Lohnzuschläge, Bl. 4, 5.

⁵⁴⁸ Vgl. RGZ 90, S. 27, 30; v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit, S. 57.

⁵⁴⁹ Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle, S. 298 ff.

⁵⁵⁰ So auch v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit, S. 57; Staudinger, BGB, Mader, § 315 Rn. 16.

⁵⁵¹ Vgl. hierzu auch Boemke, NZA 1993, S. 532 ff.

⁵⁵² So auch BAG, AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter I. der Gründe; Henssler, Anm. zu BAG, SAE 1988, S. 161, 164.

⁵⁵³ MünchArbR-Bd. 1, Hanau, § 60 Rn. 108; siehe hierzu auch Teil 3: A. III. 2. d).

Wie angesprochen, ist bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen, wie dem Widerrufsvorbehalt, auf den Empfängerhorizont abzustellen. Wenn ein Arbeitnehmer also im Arbeitsvertrag eine übertarifliche Geldzulagen betreffende Klausel wie: „der jederzeitige Widerruf ist vorbehalten“, „die Leistungen sind unverbindlich“, „freiwillig und ohne Rechtsanspruch“, „ein Rechtsanspruch auf die Leistungen besteht nicht“, vorfindet, so muß er doch davon ausgehen, daß ihm diese Sonderleistungen stets entzogen werden können, ohne daß der Arbeitgeber Rechenschaft über seine Beweggründe ablegt.⁵⁵⁴ Einen entsprechenden Arbeitnehmerschutz durch § 315 Abs. 1 BGB zu gewährleisten, ist unangebracht, da diese gesetzliche Regelung nur bei „Zweifeln“ hinsichtlich der Einräumung des Bestimmungsrechtes eingreift, die in diesen Fällen jedoch nicht vorliegen. Folglich ist der einzelne Arbeitnehmer insoweit nicht schutzwürdig.

Zur Lösung der vorliegenden Problematik sollte auch die Argumentation von *Hanau* mit einbezogen werden, der sich bezüglich des Widerrufs übertariflicher Geldzulagen ebenfalls für die Zulässigkeit eines Vorbehaltes nach freiem Belieben ausspricht. *Hanau* sieht keinen gravierenden Unterschied zwischen den monatlich zu zahlenden übertariflichen Geldzulagen und den einmal im Jahr zu erbringenden übertariflichen Jahresleistungen, wie zum Beispiel Weihnachtsgratifikationen. Bei den Ermessensgrenzen des Widerrufs kann und darf, wie *Hanau* völlig zu Recht ausführt, nicht darauf abgestellt werden, ob die Zusatzleistungen vom Arbeitgeber monatlich oder jährlich erbracht werden. Entscheidend ist doch letztlich der finanzielle Gesamtumfang der gewährten Zusatzleistungen. Wenn somit bei jeweils einmalig gewährten Zusatzleistungen sogar der Vorbehalt der Freiwilligkeit als zulässig erachtet wird, dann muß als logische Konsequenz hieraus bei laufend gewährten Zusatzleistungen erst recht ein Widerrufsvorbehalt und dessen Ausübung nach freiem Belieben gestattet sein.

Hinsichtlich der Zulässigkeit eines Widerrufs übertariflicher Geldzulagen nach freiem Belieben ist ferner zu bedenken, daß sich ein Arbeitgeber aufgrund des schon mehrfach angesprochenen Mangels von qualifizierten Facharbeitern auf dem Arbeitsmarkt sehr genau überlegen wird, wann, warum und in welcher Höhe er diese Zulagen kürzt oder sogar ganz streicht: er muß bedenken, daß bei der Wahl des Arbeitsplatzes für den Arbeitnehmer primär der finanzielle Aspekt ausschlaggebend ist. Verringert der Arbeitgeber also das Effektiv Einkommen der Arbeitnehmer durch den Widerruf dieser Zulagen, ohne dafür einen triftigen Grund zu haben (wie zum Beispiel betriebsbedingte Sparzwänge), so kann diese Maßnahme möglicherweise den Verlust von qualifizierten Arbeitskräften (durch deren Kündigung), zumindest aber

⁵⁵⁴ Dieser Ansicht ist auch Söllner (Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 102), der für die Anwendung von freiem Belieben oder billigem Ermessen bei der Streichung von Zulagen auf die Auslegung des Widerrufsvorbehaltes abstellt.

eine Demotivierung der Arbeitnehmer hinsichtlich ihrer Arbeitsleistung und somit eine negative Beeinträchtigung sowohl des Produktionsergebnisses als auch des Betriebsklimas zur Folge haben. Dies liegt aber mit Sicherheit nicht im Interesse des Arbeitgebers. Man kann also erkennen, daß die Zulässigkeit des freien Beliebens bei der arbeitgeberseitigen Ausübung des Widerrufsvorbehaltes, aufgrund der herrschenden Arbeitsmarktsituation und des freien Wettbewerbs in der Wirtschaft somit fast zwangsläufig auf die Fälle der wirtschaftlichen Notlage des Arbeitgebers, des Wettbewerbs oder der groben Treuwidrigkeit des Arbeitnehmers faktisch eingeschränkt und reduziert wird. Aus diesen Gründen wird wohl praktisch kein Arbeitgeber übertarifliche Geldzulagen ohne sachlich nachvollziehbaren Grund teilweise oder sogar vollständig widerrufen, obwohl der Widerruf dieser Zulagen eigentlich in seinem freien Belieben steht. Aufgrund dieser Ermessensbeschränkungen, die den Arbeitnehmer nicht völlig schutzlos gegen den Widerruf des Arbeitgebers nach freiem Belieben stellen, ist es daher fraglich, ob man überhaupt noch auf eine gerichtliche Billigkeitskontrolle eines solchen Widerrufs gemäß § 315 Abs. 3 BGB zurückgreifen muß.

Darüber hinaus ist zu beachten, daß gerade in den wichtigen Fällen der „wirtschaftlichen Notlage“ die insolvenzgefährdeten Betriebe in der Regel nur durch eine sofortige Lohnsenkung in Form von Geldzulagenstreichungen seitens des Arbeitgebers saniert werden können. Wenn man bei dessen teilweisem- oder vollständigem Widerruf der übertariflichen Geldzulagen den Maßstab billigen Ermessens nach § 315 Abs. 1 BGB anlegen würde, könnte die jeweilige Kürzungs- oder Streichungsmaßnahme jedoch, falls einzelne oder alle Arbeitnehmer die Widerrufsentscheidung sachlich für ungerechtfertigt halten und diese erst auf ihre Billigkeit hin nach § 315 Abs. 3 BGB gerichtlich überprüfen lassen wollen, für die Verhinderung des wirtschaftlichen Ruins des Betriebes zu spät kommen. Erhebliche, existenzbedrohende finanzielle Schwierigkeiten des Arbeitgebers sind in diesen Fällen gerichtlicher Billigkeitskontrolle in aller Regel also vorprogrammiert. Weiterhin ist zu bedenken, daß eine solche gerichtliche Billigkeitskontrolle die sofortige Handlungsmöglichkeit des Arbeitgebers zur Sanierung seines Betriebes lähmen und damit dessen wirtschaftliche Handlungs- und unternehmerische Entscheidungsfreiheit gerade in dem sensiblen Bereich der „wirtschaftlichen Notlage“ erheblich einschränken könnte. Faktisch würde dies letztlich zu einer wirtschaftlichen Unternehmenskontrolle durch das Arbeitsgericht führen, die es jedoch zu vermeiden gilt. Zudem birgt eine gerichtliche Kontrolle der Widerrufsentscheidung nach § 315 Abs. 3 BGB die Gefahr, daß vom Arbeitsgericht Zusammenhänge wirtschaftlicher Notlagen nicht immer sofort erkannt oder falsch interpretiert werden und womöglich eine „unbillige“ Fehlentscheidung zuungunsten des Arbeitgebers getroffen wird. Es muß angezweifelt werden, daß die Arbeitsgerichte immer über den nötigen wirtschaftlichen Sachverstand verfügen. Gerade in Kleinbetrieben kann sich ein mangelnder Sachverstand des urteilenden Gerichts auf die wirtschaftliche

Existenz dieser Betriebe negativ niederschlagen. Noch gravierender stellt sich die Sachlage bei mittleren oder Großbetrieben dar, wenn der Arbeitgeber sich in allgemeinen Arbeitsbedingungen den Widerruf der übertariflichen Geldzulagen nach freiem Belieben vorbehalten hat und er diese Zulagen nun gegenüber einer Vielzahl von Arbeitnehmern widerruft. Hier können mitunter noch komplexere, schwerer zu erfassende Zusammenhänge wirtschaftlicher Notlagen bestehen als in Kleinbetrieben. Zudem liegt es auch nicht immer im Interesse des Arbeitnehmers, die Widerrufsentscheidungen des Arbeitgebers einer richterlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB zu unterziehen, da dies die arbeitgeberseitige Bereitschaft, übertarifliche Geldzulagen zu gewähren, erheblich reduzieren kann.

(3) Rechtliche Harmonie zu § 77 Abs. 5 BetrVG

Ein weiteres gewichtiges Argument, einen Widerrufsvorbehalt auch nach freiem Belieben bei übertariflichen Geldzulagen zuzulassen, ist die Tatsache, daß solche Zulagen, falls sie durch eine Betriebsvereinbarung gewährt wurden, nach Ansicht der Rechtsprechung und der herrschenden Rechtslehre, jederzeit und ohne Angabe von Gründen durch eine ordentliche Kündigung dieser betrieblichen Geldzulagenregelung ohne Nachwirkung vollständig gestrichen werden können (§ 77 Abs. 5 BetrVG).⁵⁵⁵ So rechtfertigt eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 21.8.1990 die freie Kündbarkeit einer Betriebsvereinbarung ohne Nachwirkung ausdrücklich damit, daß auch eine einzelvertragliche Zusage von vornherein befristet oder widerruflich sein kann.⁵⁵⁶ Obwohl sich der Widerruf von einzelvertraglichen Zusagen auf der individualrechtlichen Ebene bewegt (er in der Regel also einen konkreten Einzelfall betrifft), die Kündigung von Betriebsvereinbarungen dagegen auf der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene (sie also für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen gilt), gebietet es die Einheit der Rechtsordnung geradezu, eine Parallele zwischen diesen beiden Rechtsinstituten zu ziehen. Individual- und Kollektivrecht sind nicht isoliert und unabhängig voneinander zu betrachten, sondern sind miteinander verzahnt und bedürfen einer gemeinsamen

⁵⁵⁵ Im Zusammenhang mit Weihnachtsgratifikationen vgl. z.B. BAG, AP Nrn. 4, 5, 6 und 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung; AP Nr. 40 zu § 77 BetrVG 1972; im Zusammenhang mit der betrieblichen Altersversorgung vgl. BAG, AP Nrn. 2 und 5 zu § 1 BetrVG Betriebsvereinbarung; DB 2000, S. 525, 527; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 53; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 131; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 61; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 309; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rnn. 199 und 208; Richardi, BetrVG, § 77 Rnn. 184 f.; Stege/Weinspach, BetrVG, § 77 Rn. 41; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 37; Schaub, ArbR, S. 1879; ders., BB 1995, S. 1639, 1640; Blomeyer, DB 1985, S. 2506 f.; ders., DB 1990 S. 173; Leinemann, BB 1989, S. 1905, 1907; a.A. sind Hanau/Preis, NZA 1991, S. 81, 83 f.; ausführlich zur Kündigung einer übertariflichen Geldzulagen regelnden Betriebsvereinbarung in Teil 3: C. IV. und V.

⁵⁵⁶ So BAG, AP Nr. 5 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter B. II. 5. der Gründe.

Betrachtungsweise.⁵⁵⁷ Dies gilt insbesondere auch für die individual- und kollektivrechtlichen Kürzungs- und Streichungsinstrumente der übertariflichen Geldzulagen. Sowohl mit dem Widerruf als auch der Kündigung nach § 77 Abs. 5 KSchG kann der Arbeitgeber nämlich sein Ziel verfolgen, seinen Arbeitnehmern übertariflich gewährte Geldzulagen teilweise oder vollständig zu entziehen; beide Rechtsmittel dienen somit dem gleichen Zweck. Vor allem bei „wirtschaftlichen Notlagen“ oder „finanziellen Engpässen“, die für den Arbeitgeber die wohl häufigsten und gewichtigsten Gründe für eine Kürzung oder gänzliche Streichung übertariflicher Zulagengelder sind, ist ein Vergleich zwischen dem Widerruf einer einzelvertraglichen Zusage und der Kündigung einer betrieblichen Geldzulagenregelung in Form einer Betriebsvereinbarung plausibel und nachvollziehbar. Ist der Arbeitgeber der Auffassung, den oben bezeichneten wirtschaftlichen Schwierigkeiten durch die Einsparung von übertariflichen Geldzulagen entgegenzutreten zu können, müßte diese Einsparung in der Regel bei einem großen Teil, wenn nicht sogar bei der gesamten Belegschaft erfolgen. Dieses Ziel könnte der Arbeitgeber einerseits durch die ordentliche Kündigung der betrieblichen Geldzulagenregelung nach § 77 Abs. 5 BetrVG realisieren, andererseits aber auch durch den Widerruf von einer Vielzahl der einzelvertraglich gewährten übertariflichen Geldzulagen. In beiden Fällen würde von der Kürzung oder Streichung ein großer, identischer Arbeitnehmerkreis betroffen sein. Wäre also im Fall des ausgeübten Widerrufsvorbehaltes nach freiem Belieben vom Arbeitgeber ein vernünftiger, anerkennenswerter, sachlicher und billigenswerter Grund für seine getroffene Kürzungs- oder Streichungsentscheidung zu verlangen, würde dies einen Wertungswiderspruch zum Kündigungsrecht von Betriebsvereinbarungen darstellen. Man stelle sich vor, daß in Kleinbetrieben, in denen kein Betriebsrat besteht, der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern übertarifliche Geldzulagen nur einzelvertraglich oder durch allgemeine Arbeitsbedingungen gewähren kann. Wollte er diese durch Ausübung des Widerrufsvorbehaltes, zum Beispiel wegen einer angespannten Finanzlage, wieder teilweise oder ganz streichen, hätte er nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts und dem überwiegenden Teil der Rechtslehre dabei billiges Ermessen im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB zu beachten. In Betrieben, in denen dagegen ein Betriebsrat besteht und dieser mit dem Arbeitgeber eine betriebliche Geldzulagenregelung vereinbaren kann, besteht für den Arbeitgeber nach herrschender Ansicht die Möglichkeit, sich jederzeit und ohne Angabe von Gründen, durch eine ordentliche Kündigung dieser Betriebsvereinbarung mit einer Drei-Monats-Frist (vergleiche § 77 Abs. 5 BetrVG) von den Geldzulagenzahlungen zu befreien. Zu bedenken ist darüber hinaus, daß während der Arbeitgeber im Kleinbetrieb bei seinem Widerruf stets an billiges Ermessen gebunden wäre, der Arbeitgeber in Betrieben, in denen ein Betriebsrat existiert, diesen Widerruf nach billigem Ermessen dadurch umgehen könnte, daß er übertarif-

⁵⁵⁷ Besonders deutlich wird dies bei den Allgemeinen Arbeitsbedingungen; vgl. hierzu Teil 2: A. II. und Teil 3: B. III. 1. e).

liche Geldzulagen nicht durch eine einzelvertragliche Zusage oder durch allgemeine Arbeitsbedingungen gewährt, sondern ausschließlich durch eine Betriebsvereinbarung, die er dann mit der gesetzlichen Kündigungsfrist von drei Monaten ohne Angabe bestimmter Gründe kündigen könnte. Auch diesen Mißstand gilt es zu vermeiden.⁵⁵⁸ Dies könnte einmal durch Einschränkungen des freien Kündigungsrechtes dieser Betriebsvereinbarungen nach § 77 Abs. 5 BetrVG geschehen oder zum anderen durch Anerkennung ihrer Nachwirkung gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG. Da der Gesetzgeber für die Kündigung einer Betriebsvereinbarung aber weder einen Kündigungsgrund verlangt, noch in Angelegenheiten der erzwingbaren Mitbestimmung (beispielsweise nach § 87 Abs. 1 BetrVG) ihre Nachwirkung bejaht,⁵⁵⁹ ist es zur Vermeidung der genannten Rechtsfolgen und für eine Harmonisierung der Rechtsinstitute „Widerruf“ und „Kündigung“ sachdienlicher, dem Arbeitgeber einen Widerrufsvorbehalt nach freiem Belieben einzuräumen. Denn dadurch würde dem Arbeitgeber in einem Kleinbetrieb hinsichtlich des individualrechtlichen Widerrufs von übertariflichen Geldzulagen derselbe Ermessensspielraum eingeräumt wie dem Arbeitgeber in einem Großbetrieb (mit Betriebsrat) hinsichtlich des kollektivrechtlichen Kündigungsrechtes solcher Zulagen.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang noch Folgendes zu bedenken: Wie schon dargelegt, können sich Ansprüche auf übertarifliche Geldzulagen für den Arbeitnehmer aus einem Individualarbeitsvertrag, Allgemeinen Arbeitsbedingungen oder einer Betriebsvereinbarung ergeben. Oftmals hängt es vom Zufall ab, aufgrund welcher Anspruchsgrundlage der Arbeitnehmer diese Zulagen erhält. Es ist auch nicht unüblich, daß sich diese Anspruchsgrundlagen überschneiden. Beispielsweise kann einem Arbeitnehmer, der schon einen Anspruch auf Geldzulagen aufgrund eines Individualarbeitsvertrages (mit Widerrufsvorbehalt) hat, später diese Zulagen zusätzlich durch eine Betriebsvereinbarung gewährt bekommen. In diesem Fall stehen dem Arbeitnehmer zwei unterschiedliche, sich überschneidende Anspruchsgrundlagen bezüglich der Zahlung übertariflicher Geldzulagen zur Verfügung. Will der Arbeitgeber, aus welchen Gründen auch immer, sich dieser Zulagenzahlungen entledigen, müßte er zum einen die Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 5 BetrVG kündigen und darüber hinaus den Widerruf der einzelvertraglichen Zusage gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer ausüben. Während er allerdings, um die Geldzulagen einzusparen, die Betriebsvereinbarung nach herrschender Auffassung jederzeit und ohne Angabe von Gründen kündigen

⁵⁵⁸ So hält es Söllner (Söllner, ArbR, S. 206) im Zusammenhang mit der jahrelangen Gewährung einer Gratifikation durch eine betriebliche Übung auch für eine merkwürdige Konsequenz, daß sich der Arbeitgeber nur durch eine Änderungskündigung gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern, welche obendrein zumeist den Kündigungsschutz nach dem KSchG genießen, davon befreien kann.

⁵⁵⁹ Diese Problematik wird später noch eingehend behandelt; dazu ausführlich in Teil 3: C. IV. 2. b).

kann, müßte er, wendet man § 315 Abs. 1 BGB auch auf den Widerrufsvorbehalt nach freiem Belieben an, bei seiner Kürzungs- oder Streichungsentscheidung aufgrund des Widerrufsvorbehaltes im Rahmen billigen Ermessens handeln. Der Arbeitgeber erreicht in diesem Fall nur mit Hilfe beider Gestaltungsmittel die Einsparung der übertariflichen Geldzulagen. Der Einsparungsentscheidung legt er aber, genau betrachtet, nur eine einmalige Bewertung der maßgeblichen Umstände zugrunde, die ihn zu dieser Entscheidung bewegen. Weshalb sollte der Arbeitgeber, der im Grunde nur eine Entscheidung, nämlich die Einsparung übertariflicher Geldzulagen trifft, hierbei zweierlei Ermessensspielräume beachten? Würde man § 315 Abs. 1 BGB auch auf Widerrufsvorbehalte nach freiem Belieben anwenden, spiegelte sich im genannten Fall der schon oben erwähnte Wertungswiderspruch zwischen der kollektivrechtlichen Kündigung und dem individualrechtlichen Widerruf wider.

Die hier aufgeführten Begründungen vermögen meiner rechtlichen Einschätzung nach in ihrer Gesamtheit einen im Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbarten Widerrufsvorbehalt nach freiem Belieben hinsichtlich einzelvertraglich gewährter übertariflicher Geldzulagen zu rechtfertigen.

d) Grenzen der Widerrufsausübung

Der Widerruf des Arbeitgebers nach freiem Belieben oder billigem Ermessen ist dennoch nicht schrankenlos zulässig. Als vertragliche Regelung unterliegt jede Vereinbarung eines Widerrufsvorbehaltes ebenso wie seine Ausübung nach allgemeiner Auffassung den klassischen Grenzen privatautonomer Rechtsgestaltung.⁵⁶⁰ Der Widerruf darf weder gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen (§ 134 BGB) noch sittenwidrig sein (§ 138 BGB). Der nach freiem Belieben Handelnde ist in seiner Ermessensfreiheit begrenzt durch das Gebot der guten Sitten und das Verbot von Rechtsmißbrauch und Willkür (vergleiche § 138 BGB).⁵⁶¹ Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) will in jedem Fall beachtet sein.⁵⁶² Außerdem hat der Arbeitgeber bei seinem Widerruf nach freiem Belieben oder billigem Ermessen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten.

⁵⁶⁰ Vgl. BAG, AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung; AP Nr. 6 zu § 2 KSchG 1969 unter II. 3. d) cc) der Gründe hinsichtlich eines Änderungsvorbehaltes; Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, § 2 Rnn. 30 a) f.; U. Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung, S. 156; ders., ArbuR 1994, S. 139, 144.

⁵⁶¹ So BAG, AP Nr. 1 zu § 20 ArbNErfG unter 2. b) der Gründe; MüKo, BGB, Gottwald, § 315 Rn. 15; Staudinger, BGB, Mader, § 315 Rn. 61.

⁵⁶² Siehe BAG, AP Nr. 18 zu § 242 BGB Ruhegehalt; AP Nr. 1 zu § 20 ArbNErfG; Larenz, SchR-Bd. I, S. 84; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 119 ff.

aa) Beachtung des § 134 BGB in Verbindung mit § 2 KSchG

Die Ausübung des Widerrufsvorbehaltes nach freiem Belieben oder billigem Ermessen darf nicht gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB verstoßen⁵⁶³ oder zur Umgehung einer Verbotsnorm führen.⁵⁶⁴ Im Zusammenhang mit übertariflichen Geldzulagen dürfen solche Widerrufe insbesondere nicht zur Umgehung des zwingenden Kündigungsschutzes des § 2 KSchG führen. Folgt man der Rechtsprechung, so liegt keine Umgehung dieser kündigungsschutzrechtlichen Norm vor, sofern sich die teilweise oder gänzliche Zulagenstreichung durch den Arbeitgeber noch innerhalb des vom Bundesarbeitsgericht für zulässig erachteten finanziellen Rahmens bewegt. Die Höhe der Zulagenstreichung darf demnach bis zu 31% des Tariflohnes betragen.⁵⁶⁵ In der Rechtslehre wird teilweise von höheren Prozentzahlen ausgegangen.⁵⁶⁶ Mit Recht wird sogar eine Umgehung des § 2 KSchG selbst dann abgelehnt, wenn der Arbeitgeber die übertariflichen Geldzulagen vollständig widerruft.⁵⁶⁷

bb) Beachtung des § 138 BGB

Darüber hinaus darf ein Widerruf nach freiem Belieben oder billigem Ermessen nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Ein Sittenverstoß nach § 138 BGB liegt vor, wenn der betreffende Widerruf auf einem verwerflichen Motiv beruht oder aus anderen Gründen gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.⁵⁶⁸

⁵⁶³ Vgl. hierzu ausführlich B. Gaul, Sonderleistungen und Fehlzeiten, S. 452 ff., 472 ff., 481 ff., 495 ff., 514 ff., 523 ff., 542 ff. und 590.

⁵⁶⁴ Hierzu Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung, S. 156 f.

⁵⁶⁵ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle, wo es um die Streichung einer Leistungszulage in Höhe von etwa 19 % des Tariflohnes ging; tendenziell wurden sogar 31 % vom BAG für zulässig erachtet. In BAG, AP Nr. 34 zu § 2 KSchG 1969 ging es um eine übertarifliche Provisionszulage, die lediglich 15 % der Gesamtvergütung ausmachte. In einer anderen Entscheidung (BAG, AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Lufthansa) ging es um eine mit einer Zusatzaufgabe verbundene übertarifliche Zulage, die ebenfalls 15 % der Gesamtbezüge der Arbeitnehmer betrug; Hanau geht im Ergebnis konform mit dem BAG, er spricht sich nur gegen eine sachliche, billigenswerte Begründung des Widerrufs aus, siehe MünchArbR-Bd. 1, Hanau, § 60 Rn. 110.

⁵⁶⁶ So Rau (Rau, Die Systematik, S. 63), die einen Eingriff in das Äquivalenzgefüge von Leistung und Gegenleistung dann annimmt, wenn der Widerruf der übertariflichen Zulagen einen hohen Prozentsatz des Effektivlohnes ausmacht. Wieviel Prozent dies sein müssen, läßt Rau jedoch offen.

⁵⁶⁷ So Henssler, Anm. zu BAG, SAE 1988, S. 161, 165; vgl. auch Zöllner (Zöllner, in: Hromadka, Arbeitsrecht und Beschäftigungskrise, S. 34 ff.), der generell im Zusammenhang mit Umgestaltungsvorbehalten grundsätzlich eine Umgehung des § 2 KSchG ablehnt.

⁵⁶⁸ BGHZ 10, S. 228, 232; 69, S. 295, 297; BAG, AP Nr. 10 zu § 1 TVG Rückwirkung unter II. 2. b) aa) der Gründe; v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit, S. 108; Palandt, BGB, Heinrichs, § 138 Rn. 2.

(1) Widerruf aus verwerflichen Motiven

Die Sittenwidrigkeit eines Widerrufs nach freiem Belieben oder billigem Ermessen wegen Verwerflichkeit des Motives ist nur in besonderen Ausnahmefällen anzunehmen,⁵⁶⁹ da andernfalls der Grundsatz der Privatautonomie über Gebühr eingeschränkt würde.⁵⁷⁰ Außerdem ist zu beachten, daß insbesondere beim Widerruf nach freiem Belieben gerade kein sachlicher Widerrufsgrund vorliegen muß und der Arbeitgeber deshalb auch aus sachfremden Erwägungen den Widerruf ausüben kann.⁵⁷¹

(2) Erhebliches Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung

Nach § 138 BGB ist ein Widerruf des Arbeitgebers nach freiem Belieben oder billigem Ermessen auch dann sittenwidrig, wenn er zu einem erheblichen Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung führt.⁵⁷² In diesem Fall würde der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in unzulässiger Weise mit dem Betriebs- oder Wirtschaftsrisiko belasten.⁵⁷³ Im Zusammenhang mit dem Widerruf übertariflicher Geldzulagen hat das Bundesarbeitsgericht in mehreren Entscheidungen diesbezüglich festgestellt, daß selbst die Rücknahme dieser Zulagen in Höhe von 19 % (tendenziell sogar bis zu 31 %) des Tariflohnes zumindest billigem Ermessen entspräche und daher nicht sittenwidrig sei.⁵⁷⁴ Nach der hier vertretenen Ansicht ist jedoch auch der vollständige Widerruf der Geldzulagen - ganz gleich, ob nach freiem Belieben oder billigem Ermessen - unabhängig von deren prozentualen Verhältnis zum Tariflohn nicht sittenwidrig.

⁵⁶⁹ Vgl. hiezu z.B. BAG, AP Nr. 32 zu § 138 BGB unter I. 2. b) der Gründe.

⁵⁷⁰ Zum Grundsatz der Privatautonomie siehe Boemke, NZA 1993, S. 532 ff.

⁵⁷¹ Vgl. BAG, AP Nr. 22 zu § 138 BGB unter II. der Gründe.

⁵⁷² Siehe BAG, AP Nr. 47 zu § 138 BGB unter III. der Gründe; Palandt, BGB, Heinrichs, § 138 Rn. 79; U. Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung, S. 177; MünchArbR-Bd. 1, Richardi, § 14 Rn. 19.

⁵⁷³ Dazu LAG Hamm, ZIP 1990, S. 880, 886.

⁵⁷⁴ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 4 zu § 305 Billigkeitskontrolle; AP Nr. 34 zu § 2 KSchG 1969; AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Lufthansa; wobei diese Entscheidungen jeweils einen Widerruf des Arbeitgebers nach billigem Ermessen im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB betrafen.

cc) Beachtung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungs- grundsatzes

Schließlich hat der Arbeitgeber bei seinem teilweisen oder vollständigen Widerruf der übertariflichen Geldzulagen nach freiem Belieben oder billigem Ermessen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten.⁵⁷⁵ Dieser gebietet dem Arbeitgeber im Fall einer einheitlichen Geldzulagenregelung, den Arbeitnehmern die übertariflichen Zulagen nicht in unterschiedlicher Höhe zu kürzen oder zu streichen.⁵⁷⁶

IV. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund der Ausübung eines konkludent vorbehaltenen Widerrufs

Will der Arbeitgeber die durch Arbeitsvertrag gewährten übertariflichen Zulagengelder in seinem Betrieb durch Kürzung oder vollständige Streichung wirtschaftlich veränderten Umständen anpassen, bleibt zu prüfen, ob dies auch ohne ausdrücklichen Widerrufsvorbehalt möglich ist.

Auch ohne einen solchen Vorbehalt wird sich ein Recht zur Anpassung oft durch Auslegung der die Verpflichtung begründenden Erklärung des Arbeitgebers nach § 157 BGB oder durch Ergänzung des rechtsgeschäftlichen Willens nach § 242 BGB ergeben (konkludenter Widerrufsvorbehalt).⁵⁷⁷ Ein konkludent vorbehaltenes Widerrufsrecht des Arbeitgebers ist zum Beispiel dann anzunehmen, wenn dieser den aufgrund eines Arbeitsvertrages erworbenen Anspruch des Arbeitnehmers auf übertarifliche Geldzulagen mit einem ganz bestimmten Zweck verbunden hat, zum Beispiel einer zweckgebundenen Schmutzzulage. In diesem Fall muß der von der arbeitsvertraglichen Geldzulage betroffene Arbeitnehmer damit rechnen, daß der Arbeitgeber bei deren Zweckfortfall die Zahlung der Zulagengelder reduzieren oder sogar gänzlich einstellen kann. Diese Kürzungs- oder Streichungsentscheidung hat der Arbeitgeber (anders als mit ausdrücklich vorbehaltenem Widerrufsrecht nach freiem Belieben) jedoch gemäß § 315 Abs. 1 BGB nach billigem Ermessen auszuüben, wobei hier der Maßstab für das billige Ermessen ausschließlich der Zweck der jeweiligen Geldzulage ist. Ein vom Arbeitgeber konkludent vorbehaltener Widerruf kommt damit nur aus solchen Gründen in Betracht, die mit den Sachgründen für die Gewährung im Zusammenhang stehen.⁵⁷⁸ Der Arbeitnehmer kann und muß also nicht damit rechnen, daß er seine übertariflichen Geldzulagen vom Arbeitgeber ohne sachliche Begründung, also nach freiem Belieben, einfach gekürzt oder gar ganz gestrichen be-

⁵⁷⁵ Ausführlich zum Inhalt und zur Rechtsgrundlage des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes siehe Teil: E.

⁵⁷⁶ Siehe hierzu Teil 3: E. III.

⁵⁷⁷ Siehe Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 102 f.

⁵⁷⁸ Vgl. dazu z.B. BAG, AP Nrn. 5 und 6 zu § 611 BGB Lohnzuschläge.

kommt. Geschieht dies trotzdem, bedarf es eines Arbeitnehmerschutzes, der einerseits durch die Anwendung des § 315 Abs. 1 BGB bezüglich der arbeitgeberseitigen Widerrufsentscheidung, andererseits durch die gerichtliche Kontrolle dieser Entscheidung gemäß § 315 Abs. 3 BGB zum Ausdruck kommt. Darüber hinaus kann der Richter gemäß § 315 Abs. 3 BGB die Widerrufsentscheidung bei Unbilligkeit durch rechtsgestaltendes Urteil abändern.

V. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer betriebsbedingten Änderungskündigung gemäß §§ 2 S. 1 und 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG

Enthalten die einzelnen Arbeitsverträge der anspruchsberechtigten Arbeitnehmer keine ausdrücklichen Widerrufsvorbehalte hinsichtlich der übertariflichen Geldzulagen und lassen sich auch durch Vertragsauslegung keine konkludenten Widerrufsvorbehalte ermitteln, könnte der Arbeitgeber möglicherweise die Geldzahlungen bei diesen Arbeitnehmern jeweils aufgrund einer betriebsbedingten Änderungskündigung gemäß §§ 2 S. 1 und 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG teilweise oder vollständig einstellen.⁵⁷⁹

1. Legaldefinition der Änderungskündigung

In § 2 S. 1 KSchG findet sich die Legaldefinition der arbeitgeberseitigen Änderungskündigung. Eine solche liegt vor, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt und dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen anbietet. Bei einer Änderungskündigung richtet sich die Zielsetzung des Arbeitgebers also nicht auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern auf seine Weiterführung zu geänderten Arbeitsbedingungen. Die Änderungskündigung ist somit für den Arbeitgeber ein geeignetes Instrument, Arbeitsbedingungen unter bestimmten Voraussetzungen einseitig abzuändern. Da sie eine Kündigung enthält, welche die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bewirken kann, gelten für sie alle formellen und materiellen Rechtsgrundsätze der Kündigung sowie alle Kündigungsschutznormen für die Beendigungskündigung (§§ 2 S. 1 und 1 Abs. 2 S. 1 bis 3, Abs. 3 S. 1 und 2 KSchG). Die Verknüpfung von Kündigung und Vertragsangebot kann verschiedenartig erfolgen. Zum einen kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Beendigungskündigung erklären und zugleich ein abgeändertes Vertragsangebot unterbreiten.⁵⁸⁰ Fallbezogenes Beispiel für eine Änderungskündigung: Dem Arbeitnehmer X wird betriebsbedingt gekündigt. Gleich-

⁵⁷⁹ Im folgenden wird davon ausgegangen, daß das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) anwendbar ist; siehe dazu §§ 1 Abs. 1 und 23 KSchG.

⁵⁸⁰ Vgl. dazu z.B. BAG, AP Nr. 90 zu §§ 22 und 23 BAT; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 769.

zeitig bietet ihm der Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit einem geringeren Effektivlohn (bedingt durch die teilweise oder vollständige Streichung übertariflicher Geldzulagen) an. Andererseits ist es auch rechtlich zulässig, eine Kündigung unter der Bedingung auszusprechen, daß der Arbeitnehmer das Vertragsangebot nicht annimmt.⁵⁸¹ Fallbezogenes Beispiel in dieser Variante: Entweder arbeitet der Arbeitnehmer X in Zukunft für einen geringeren Effektivlohn oder ihm wird betriebsbedingt gekündigt.

Beim Zugang einer Änderungskündigung sind einige Besonderheiten zu beachten. Unbedenklich ist der Zugang, wenn sie gegenüber jedem einzelnen erklärt wird und den Anforderungen von § 130 BGB genügt. Problematisch sind aber die Fälle, in denen der Arbeitgeber durch Aushang am „schwarzen Brett“ oder auf einer Betriebs- oder Belegschaftsversammlung allen Arbeitnehmern oder jedenfalls doch einer Gruppe von ihnen kündigen will. Eine so „ausgesprochene“ Änderungskündigung gilt dann als zugegangen, wenn diese Formen der Kündigung im Betrieb oder durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung üblich ist und die Arbeitnehmer bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt davon Kenntnis nehmen können.⁵⁸² Die Kündigung geht aber nicht zu, wenn der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Zuleitung im Betrieb nicht anwesend ist.

Die Änderungskündigung kann als ordentliche,⁵⁸³ außerordentliche,⁵⁸⁴ als Einzel- oder als Massenänderungskündigung ausgesprochen werden. Unabhängig von ihrer Konstellation, verbleiben dem Arbeitnehmer drei Reaktionsmöglichkeiten. Er kann sie vorbehaltlos annehmen, unter Vorbehalt annehmen oder vorbehaltlos ablehnen.

2. Annahme des arbeitgeberseitigen Änderungsangebotes ohne Vorbehalt

Nimmt der Arbeitnehmer das Arbeitgeberangebot mit den geänderten Arbeitsbedingungen vorbehaltlos an, ist die Kündigung gegenstandslos und das Arbeitsverhältnis besteht verändert fort. Die Annahme kann entweder ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Konkludent erfolgt sie, wenn der Arbeit-

⁵⁸¹ Vgl. hierzu z.B. BAG, AP Nr. 8 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag; Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, § 2 Rn. 10; Schaub, in: Hromadka, Änderung, S. 73, 74.

⁵⁸² Zum Zugang einer Willenserklärung an die gesamte Belegschaft durch Aushang am „schwarzen Brett“ vgl. BAG, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Lohnanspruch.

⁵⁸³ Vgl. § 2 S. 1 und 2 KSchG.

⁵⁸⁴ Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Änderungskündigung ist allgemein anerkannt, vgl. z.B. BAG, AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung; AP Nrn. 16 und 20 zu § 2 KSchG 1969; AP Nrn. 19 und 36 zu § 15 KSchG 1969; GK-KR, Rost, § 2 KSchG Rnn. 30 ff. m.w.N.; Löwisch, KSchG, § 2 Rnn. 64 ff.; Schaub, in: Hromadka, Änderung, S. 73, 76 m.w.N.; Gutekunst, DB 1960, S. 815 ff.

nehmer widerspruchslös über den Zeitpunkt für die Erklärung des Vorbehalts nach § 2 S. 2 KSchG hinaus weiterarbeitet, und sich die Änderung unmittelbar und sogleich im Arbeitsverhältnis auswirkt. Es gelten hierbei die gleichen Grundsätze wie bei der konkludenten Vertragsänderung.⁵⁸⁵

Ist der Arbeitnehmer X im fallbezogenen Beispiel ausdrücklich oder konkludent mit der teilweisen oder vollständigen arbeitgeberseitigen Streichung der übertariflichen Geldzulagen einverstanden, wird sein Arbeitsverhältnis zu einem in Höhe der Einsparung verringerten Effektivlohn fortgesetzt.

3. Annahme des arbeitgeberseitigen Änderungsangebotes unter Vorbehalt

Der Arbeitnehmer kann das arbeitgeberseitige Änderungsangebot auch unter dem Vorbehalt annehmen, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist (§ 2 S. 1 KSchG). Diesen Vorbehalt muß er dem Arbeitgeber innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erklären (§ 2 S. 2 KSchG).

Im Fall einer außerordentlichen Änderungskündigung muß sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) zu dem Änderungsangebot äußern. Hierfür wird ihm regelmäßig eine Erklärungsfrist von ein bis zwei Tagen,⁵⁸⁶ in Einzelfällen sogar bis zu fünf Tagen eingeräumt.⁵⁸⁷ Kündigt der Arbeitgeber außerordentlich mit einer Auslauffrist, muß die Erklärung innerhalb dieser Frist, spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Erklärung erfolgen.⁵⁸⁸

Darüber hinaus muß der Arbeitnehmer sowohl bei der ordentlichen als auch außerordentlichen Änderungskündigung eine Änderungsschutzklage gemäß § 4 S. 2 KSchG beim zuständigen Arbeitsgericht erheben. Nach Ablauf der Kündigungs- beziehungsweise der Auslauffrist, hat er bis zur rechtskräftigen Entscheidung zunächst zu den geänderten Arbeitsbedingungen weiterzuar-

⁵⁸⁵ Zur konkludenten Annahme von Abänderungsangeboten siehe Teil 3: A. II. 2.; zur konkludenten Annahme von Abänderungsangeboten im Zusammenhang mit einer Änderungskündigung vgl. BAG, AP Nrn. 2 und 4 zu § 305 BGB; AP Nr. 101 zu § 242 BGB Ruhegehalt; AP Nr. 19 zu § 15 KSchG 1969; AP Nrn. 16 und 20 zu § 2 KSchG 1969.

⁵⁸⁶ GK-KR, Rost, § 2 KSchG Rn. 33.

⁵⁸⁷ Vgl. dazu BAG, AP Nr. 20 zu § 2 KSchG 1969.

⁵⁸⁸ Vgl. GK-KR, Rost, § 2 KSchG Rn. 33.

beiten.⁵⁸⁹ Sind die geänderten Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt, besteht das Arbeitsverhältnis zu diesen neuen Bedingungen fort. Sind sie es nicht, so ist die Änderungskündigung rechtsunwirksam und das alte Arbeitsverhältnis hat unverändert Bestand.

Im fallbezogenen Beispiel kann somit der Arbeitnehmer X gerichtlich überprüfen lassen, ob die vom Arbeitgeber angebotenen Einsparungsmaßnahmen bezüglich der übertariflichen Geldzulagen sozial ungerechtfertigt sind.

4. Ablehnung des arbeitgeberseitigen Änderungsangebotes ohne Vorbehalt

Der Arbeitnehmer kann das arbeitgeberseitige Änderungsangebot auch vorbehaltlos ablehnen. In diesem Fall wird die Änderungskündigung zur Beendigungskündigung. Dem Arbeitnehmer bleibt dann nur noch die Möglichkeit, beim Arbeitsgericht eine Kündigungsschutzklage mit einem Klageantrag gemäß § 4 S. 1 KSchG zu erheben. Dies gilt auch für den Fall, daß der Arbeitnehmer innerhalb der Frist des § 2 S. 2 KSchG überhaupt keine Erklärung, auch keine konkludente Annahmeerklärung abgibt, weil dann das Änderungsangebot des Arbeitgebers regelmäßig als erloschen gilt.⁵⁹⁰ Eine Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG ist für den Arbeitnehmer sehr riskant, da er nunmehr um den Bestand des Arbeitsverhältnisses prozessieren muß. Aber auch der Arbeitgeber ist dem Risiko ausgesetzt, daß seine Beendigungskündigung sozial ungerechtfertigt ist.

Lehnt im fallbezogenen Beispiel der Arbeitnehmer X eine Weiterarbeit zu einem geringeren Effektivlohn ab oder gibt er überhaupt keine Erklärung innerhalb der Frist des § 2 S. 2 KSchG ab, kann er nur noch eine Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG erheben.

5. Die Sozialwidrigkeit einer betriebsbedingten Änderungskündigung

a) Vorbemerkung

Nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur kommt es bei der Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung entscheidend auf die vom Arbeitgeber vorgeschlagene Änderung der Arbeitsbe-

⁵⁸⁹ So BAG, AP Nr. 20 zu § 2 KSchG 1969 unter II. der Gründe; AP Nr. 27 zu § 2 KSchG 1969 unter B. II. 2. a) der Gründe; siehe auch AP Nr. 4 zu § 767 ZPO unter B. II. 4. c) aa) der Gründe; GK-KR, Rost, § 2 KSchG Rn. 158 a); Schaub, in: Hromadka, Änderung, S. 73, 86.

⁵⁹⁰ KPK, Bengelsdorf, § 2 KSchG Rn. 75.

dingungen an.⁵⁹¹ Dagegen brauchen die Voraussetzungen einer Beendigungskündigung nicht vorzuliegen, weil eben die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen besteht. Dementsprechend müssen Gründe im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG vorliegen, die nicht einer Weiterbeschäftigung als solcher, sondern einer Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen entgegenstehen.⁵⁹² Für die Prüfung der sozialen Rechtfertigung ist es gleichgültig, ob der Arbeitnehmer das Änderungsangebot unter Vorbehalt annimmt oder es ablehnt.⁵⁹³ Die rechtliche Wirksamkeit einer Änderungskündigung ist in zwei Stufen zu prüfen, erstens: ob Gründe (§ 1 Abs. 2 KSchG) vorliegen, die eine Änderung der Arbeitsbedingungen notwendig machen und zweitens: ob die konkret angebotene Änderung für den Arbeitnehmer zumutbar⁵⁹⁴ oder wie zuweilen auch formuliert wird: „die Änderung vom Arbeitnehmer billigerweise hinzunehmen ist“.⁵⁹⁵

Zum Zweck der Lohneinsparung durch die teilweise oder gänzliche Streichung übertariflicher Geldzulagen kommen als Änderungskündigungsgründe für den Arbeitgeber ausschließlich „dringende betriebliche Erfordernisse“ im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG in Betracht. Für die Frage der sozialen Rechtfertigung der Änderungskündigung interessiert somit hier in erster Linie, wann solche betriebsbedingten Gründe vorliegen.

⁵⁹¹ Vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung unter II. 2. b) der Gründe; AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969 unter I. 2. der Gründe; AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969 unter B. II. 2. b) der Gründe; GK-KR, Rost, § 2 KSchG Rnn. 84 ff.; Herschel/Löwisch, KSchG, § 2 Rn. 31; Dänzer-Vanotti/Engels, DB 1986, S. 1390, 1391; Hromadka, RdA 1992, S. 234, 252.

⁵⁹² Vgl. z.B. Hromadka, RdA 1992, S. 234, 252.

⁵⁹³ Ganz h.M., vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 75 BPersVG unter IV. der Gründe; AP Nr. 31 zu § 2 KSchG 1969 unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung unter II. 2. c) der Gründe; GK-KR, Rost, § 2 KSchG Rn. 92.

⁵⁹⁴ Vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 75 BPersVG unter IV. 1. der Gründe; AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969 unter II. 2. der Gründe; AP Nr. 19 zu § 15 KSchG 1969 unter B. II. 4. b) der Gründe; GK-KR, Rost, § 2 KSchG Rn. 96.

⁵⁹⁵ So in BAG, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl unter B. I. der Gründe; AP Nr. 14 zu § 2 KSchG 1969 unter B. IV. 3. a) der Gründe; AP Nr. 27 zu § 2 KSchG 1969 unter B. I. 1. b) der Gründe; AP Nr. 28 zu § 2 KSchG 1969 unter B. I. der Gründe; AP Nr. 42 zu § 2 KSchG 1969 unter II. 1. der Gründe; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 778. Zur Wirksamkeit einer (Änderungs-) Kündigung außerhalb des KSchG unter Einbeziehung der Rechtsprechung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit der Kleinbetriebsklausel (BVerfG, NZA 1998, S. 469 ff.) siehe Kittner, NZA 1998, S. 731, 732 f.

b) Dringende betriebliche Erfordernisse

In zahlreichen Entscheidungen hat das Bundesarbeitsgericht beispielhaft relevante Umstände für das Vorliegen von dringenden betrieblichen Erfordernissen aufgezählt.⁵⁹⁶ Dazu gehören innerbetriebliche Umstände wie: Rationalisierungsmaßnahmen, Einstellung der Produktion, Unrentabilität des Betriebes, Gewinnverfall, eine wesentliche Störung des Betriebsfriedens durch Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern oder außerbetriebliche Umstände wie: Auftragsrückgang, Umsatzminderung, Auslaufen einer Drittmittelfinanzierung und so weiter. Mit dieser Aufzählung werden zwar generell die wesentlichen Fälle umschrieben, die eine Lohnsenkung sozial rechtfertigen können, jedoch ist im Einzelfall die Dringlichkeit dieser betrieblichen Gründe zu klären. Kann zum Beispiel bei einem Gewinnverfall ein noch so minimaler Verlust wirklich ein „dringendes“ betriebliches Erfordernis darstellen? Aus diesem Grund gilt es, den unbestimmten Rechtsbegriff des „dringenden betrieblichen Erfordernisses“ zu präzisieren.

Nach allgemeiner Ansicht ist bei der Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung aufgrund dringender betrieblicher Erfordernisse einerseits auf das Änderungsangebot des Arbeitgebers, andererseits auf die Grundsätze der betriebsbedingten Beendigungskündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG abzustellen.⁵⁹⁷ Für eine präzise Begriffsbestimmung eines „dringenden betrieblichen Erfordernisses“ bei einer Änderungskündigung ist somit zunächst von der Ratio der betriebsbedingten Beendigungskündigung auszugehen. Bei dieser wird dem Arbeitgeber gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG die Möglichkeit eingeräumt, eine Kündigung für den Fall auszusprechen, daß er situationsbedingt faktisch nicht mehr seiner Verpflichtung nachkommen kann, den Arbeitnehmer zu beschäftigen. Diese Situation ist dann gegeben, wenn der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers weggefallen ist. Nur dann liegt ein dringendes betriebliches Erfordernis vor.⁵⁹⁸ Diese Grundgedanken zur Beendigungskündigung sind jedoch nicht uneingeschränkt auf die Änderungskündigung anzuwenden. Jene bezweckt nämlich nicht den endgültigen Wegfall des Arbeitsplatzes, sondern im gegebenen Fall das Ziel einer Weiterbeschäftigung auf demselben Arbeitsplatz zu einem verminderten Lohn. Von § 2 KSchG werden solche Situationen erfaßt, in denen der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht mehr den Arbeitsplatz zu den ursprünglich vereinbarten Bedingungen anbieten kann, sondern nur zu geän-

⁵⁹⁶ Siehe hierzu z.B. BAG, AP Nrn. 6, 42 und 45 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969.

⁵⁹⁷ Vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung unter II. 2. b) der Gründe; AP Nr. 31 zu § 2 KSchG 1969 unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 42 zu § 2 KSchG 1969 unter II. 1. der Gründe; GK-KR, Rost, § 2 KSchG Rn. 92; Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, § 2 Rnn. 62 ff.

⁵⁹⁸ GK-KR, Etzel, § 1 KSchG Rn. 533; Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, § 1 Rn. 364 a); Berkowsky, Die Betriebsbedingte Kündigung, S. 59 und 76 f.

derten. Betrachtet man nun das Änderungsangebot des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, für einen geringeren Arbeitslohn auf dem gleichen Arbeitsplatz weiterzuarbeiten im Zusammenhang mit den zu § 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG entwickelten Grundsätzen hinsichtlich einer betriebsbedingten Beendigungskündigung, so liegt ein „dringendes“ betriebliches Erfordernis einer Änderungskündigung in den vom Bundesarbeitsgericht aufgezählten Beispielen nur dann vor, wenn: der Arbeitsplatz ohne die Lohnsenkung wegfallen würde, diese Reduzierung geeignet ist, den Verlust des Arbeitsplatzes zu vermeiden, und dem Arbeitgeber keine anderen Mittel zur Verfügung stehen, diesen Erfolg zu erzielen.⁵⁹⁹

Hinsichtlich der Intensität eines in Aussicht stehenden Arbeitsplatzabbaus fordert das Bundesarbeitsgericht bei einer ordentlichen Änderungskündigung ohne die (angestrebte) Lohnsenkung eine akute finanzielle Gefahr für die Existenz des Betriebes.⁶⁰⁰ Gleicher Ansicht ist auch *Hillebrecht*, der die „Dringlichkeit“ eines betrieblichen Grundes dann bejaht, wenn durch die Personalkostenkürzung die sofortige Stilllegung des Betriebes verhindert werden kann und soll.⁶⁰¹ Dieser Intensitätsgrad wird von Teilen der Landesrechtsprechung und des überwiegenden Teils im Schrifttum bei einer ordentlichen Änderungskündigung jedoch für zu streng gehalten. In den genannten Fällen würden vielmehr die Voraussetzungen einer außerordentlichen Änderungskündigung vorliegen.⁶⁰² Ausreichend für den Wegfall eines Arbeitsplatzes bei einer ordentlichen Änderungskündigung seien schon solche triftigen wirtschaftlichen Gründe, die ohne Anpassung der Lohnkosten absehbar in eine Beendigungskündigung umschlagen müßten. Solche Gründe lägen regelmäßig vor, wenn der Betrieb mit Verlusten arbeite, wobei jedoch ein einmaliger Verlust nicht schon genüge.⁶⁰³ Der Betrieb müsse vielmehr fortlaufend mit Verlusten arbeiten, die irgendwann den wirtschaftlichen Zusammenbruch des Unternehmens bewirken würden, wobei zu beachten sei, daß für den Betrieb weder eine Aussicht auf Besserung am „Markt“ bestehen dürfe noch Rationalisierungsreserven vorhanden sein dürfen.⁶⁰⁴

⁵⁹⁹ Vgl. Dänzer-Vanotti/Engels, DB 1986, S. 1390, 1392; Hromadka, RdA 1992, S. 234, 256 f.

⁶⁰⁰ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 47 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung unter II. 2. b) bb) der Gründe; AP Nr. 14 zu § 2 KSchG 1969 unter B. IV. 3. a) der Gründe.

⁶⁰¹ Hillebrecht, ZIP 1985, S. 257, 259.

⁶⁰² Siehe LAG Köln, LAGE Nrn. 8 und 10 zu § 2 KSchG 1969; Kittner/Trittin, KR, § 2 KSchG Rnn. 59 f.; Schaub, in: Hromadka, Änderung, S. 73, 93; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 779; Hromadka, RdA 1992, S. 234, 256; Krause, DB 1995, S. 574, 576 f.

⁶⁰³ Vgl. BAG, AP Nr. 47 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung unter II. 2. b) bb) der Gründe; AP Nr. 14 zu § 2 KSchG 1969 unter II. 3. a) der Gründe; Dänzer-Vanotti/Engels, DB 1986, S. 1290, 1292; Hromadka, RdA 1992, S. 234, 256.

⁶⁰⁴ Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, § 2 Rn. 72 a); Hromadka, DB 1992, S. 234, 256; Stahlhacke, DB 1994, S. 1361, 1368.

Im Falle einer außerordentlichen Änderungskündigung muß ohne die Absenkung der Lohnkosten hinsichtlich der Intensität eines in Aussicht stehenden Arbeitsplatzabbaus, wie schon erwähnt, eine akute finanzielle Gefahr für die Existenz des Betriebes bestehen oder eine sofortige Stilllegung des Betriebes unmittelbar bevorstehen.⁶⁰⁵ In solchen Situationen muß den insolvenzgefährdeten Betrieben eine sofortige Lohnsenkung gestattet werden, damit deren Sanierungsmaßnahmen nicht zu spät kommen. Der Arbeitgeber muß aber die Unvorhersehbarkeit der Kostenentwicklung innerhalb der Fristen für ordentliche Änderungskündigungen darlegen.⁶⁰⁶

Aufgrund der genannten Voraussetzungen, die sowohl bei der ordentlichen als der auch außerordentlichen Änderungskündigung für ein dringendes betriebliches Erfordernis vorliegen müssen, wird klar, daß der Arbeitgeber eine durch die Einsparung von übertariflichen Geldzulagen bedingte Lohnsenkung in der Regel nur durch eine Massenänderungskündigung bewerkstelligen kann.⁶⁰⁷ Geringfügige, durch vereinzelte Änderungskündigungen herbeigeführte Einsparungen von übertariflichen Zulagengeldern, werden nämlich mit Sicherheit nicht irgendwann den wirtschaftlichen Zusammenbruch des Unternehmens oder gar eine akute finanzielle Gefahr für dessen Bestand verhindern und damit die von der Rationalisierung bedrohten Arbeitsplätze retten können. Anders ist die Sachlage aber, wenn ein oder mehrere Arbeitnehmer ein exorbitant hohes Gehalt mit dementsprechenden Geldzulagen erhalten; hier könnten diese Arbeitsplätze möglicherweise durch eine oder aber wenige Änderungskündigungen erhalten werden.

c) Zumutbarkeit der Änderung

Nachdem in der ersten Prüfungsstufe der ordentlichen Änderungskündigung der Kündigungsgrund („dringendes betriebliches Erfordernis“) ermittelt wurde, gilt es nun in der zweiten Prüfungsstufe zu untersuchen, ob dem Arbeitnehmer die Änderung der Arbeitsbedingungen, also die teilweise oder gänzliche Streichung der übertariflichen Geldzulagen, zumutbar ist, sprich, von ihm „billigerweise hingenommen werden muß“. Das ist dann der Fall, wenn die Änderung unvermeidbar und erforderlich ist. Im Fall der angesprochenen Lohnsenkung ist die teilweise oder gänzliche Streichung der übertariflichen Geldzulagen durch eine Änderungskündigung unvermeidbar und erforderlich, wenn dadurch der Betrieb vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch gerettet werden kann und für diesen Zweck keine mildereren Mittel zur Verfü-

⁶⁰⁵ So die Gründe in BAG, AP Nr. 14 zu § 2 KSchG 1969 unter B. IV. 3. a), obgleich das BAG hier für den Fall der Lohnsenkung den Maßstab für eine ordentliche Änderungskündigung bestimmte; Hillebrecht, ZIP 1985, S. 257, 259.

⁶⁰⁶ Dazu LAG Köln, LAGE Nr. 10 zu § 2 KSchG 1969; Kittner/Trittin, KR, § 2 KSchG Rn. 55.

⁶⁰⁷ Siehe hierzu Teil 3: A. V. 7.

gung stehen. Wie schon angesprochen, ist die Kürzung oder Streichung dieser Zulagen durch den Arbeitgeber unabwendbar, wenn er keine anderen Rationalisierungsreserven hat, um sein Unternehmen zu sanieren und darüber hinaus eine so schlechte wirtschaftliche Lage für dieses besteht, so daß ohne die Lohnkostensenkung eine Aufrechterhaltung und Weiterführung des Betriebes unmöglich wären.⁶⁰⁸

Ein milderes Mittel ist aber auch dann gegeben, wenn die Lohnkostensenkung mit weniger einschneidenden Gestaltungsmitteln als der Änderungskündigung realisiert werden kann.⁶⁰⁹ In Betracht kommt hier die Ausübung eines arbeitgeberseitigen Widerrufsvorbehaltes. Wie bereits dargelegt, kann der Arbeitgeber die übertariflichen Geldzulagen durch die Ausübung eines Widerrufs teilweise oder gänzlich streichen, sofern er sich dieses Recht vorbehalten hat. Eine Senkung der Lohnkosten auf der Grundlage eines Widerrufsvorbehaltes stellt gegenüber der Änderungskündigung deswegen ein milderes Gestaltungsmittel dar, weil der Bestand des Arbeitsverhältnisses insgesamt nicht angegriffen wird.⁶¹⁰ Will der Arbeitgeber die übertariflichen Geldzulagen trotz eines diesbezüglich vorbehaltenen Widerrufsrechtes durch eine Änderungskündigung teilweise oder gänzlich streichen, ist die Änderungskündigung wegen Verstoßes gegen das Prinzip der „Verhältnismäßigkeit der Mittel“ unwirksam, weil die Ausübung des vorbehaltenen Widerrufs das mildere Mittel ist, die bezweckte Änderung der Arbeitsbedingungen zu erreichen.⁶¹¹ Eine Ausnahme muß jedoch unter Zugrundelegung der herrschenden Rechtsprechung in den Fällen gelten, in denen der Arbeitgeber übertarifliche Geldzulagen streichen will, die mehr als 31 % des Tariflohnes betragen.⁶¹² Selbst wenn sich hier der Arbeitgeber einen Widerruf dieser Zulagen vorbehalten hat, müßte er nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts trotzdem eine Änderungskündigung aussprechen, weil er ansonsten, bedingt durch die Höhe der Zulagenstreichung, einseitig in „wesentliche Elemente des Arbeitsverhältnisses“ (Arbeitslohn) eingreifen und damit den Kündigungsschutz des § 2 KSchG umgehen könnte.⁶¹³ Nach der hier vertretenen Ansicht bedarf es auch in diesen Fällen jedoch keiner Änderungskündigung, da der Arbeitgeber durch einen teilweisen oder gänzlichen Widerruf der übertariflichen Geldzu-

⁶⁰⁸ Siehe auch Hromadka, RdA 1992, S. 234, 256.

⁶⁰⁹ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969.

⁶¹⁰ So BAG, AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969 unter II. 1. der Gründe.

⁶¹¹ So BAG, AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969 unter II. 1. der Gründe; Hromadka, RdA 1992, S. 234, 257; Krause, DB 1995, S. 574 f.; als milderes Mittel zur Änderung von Arbeitsbedingungen hat das BAG auch die Möglichkeit durch Weisung angesehen, vgl. dazu BAG, AP Nr. 15 zu § 1 BeschFG 1985.

⁶¹² Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle.

⁶¹³ Siehe BAG, AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle unter II. 2. der Gründe.

lagen, unabhängig von deren prozentualem Anteil am Effektivlohn, den Kündigungsschutz des § 2 KSchG gar nicht umgehen kann.⁶¹⁴

d) Interessenabwägung

Das Bundesarbeitsgericht verlangt als dritten Prüfungsschritt einer Änderungskündigung neben dem Kündigungsgrund „an sich“ eine umfassende Abwägung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen. Bei Vorliegen einer betriebsbedingten Änderungskündigung wird sich im Rahmen dieser Interessenabwägung angesichts der strengen Anforderungen, die an das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse gestellt werden, fast immer das Interesse des Arbeitgebers an der Lohnkostensenkung durchsetzen.⁶¹⁵ Darüber hinaus ist bei der Änderungskündigung noch zu beachten, daß bei der Interessenabwägung stets das Änderungsangebot mitzuberücksichtigen ist. Der Arbeitnehmer wird in der Regel durch eine Änderungskündigung weniger schwer als durch eine Beendigungskündigung getroffen. Deshalb wird es in der Praxis kaum Fälle geben, in denen bei der Änderungskündigung die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers ausfällt. Aus den genannten Gründen verzichtet mittlerweile das Bundesarbeitsgericht bei betriebsbedingten Änderungskündigungen grundsätzlich auf eine Interessenabwägung.⁶¹⁶

e) Sozialauswahl

Gemäß der Verweisung in § 2 S. 1 KSchG auf § 1 Abs. 2 S. 1 bis 3, Abs. 3 S. 1 und 2 KSchG gelten auch bei der betriebsbedingten Änderungskündigung die Grundsätze der Sozialauswahl.⁶¹⁷ Im Gegensatz zur Beendigungskündigung sind bei dieser Sozialauswahl hinsichtlich der Gruppenbildung von den in die Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmern auch die neuen Arbeitsbedingungen in die Betrachtung mit einzuschließen.⁶¹⁸ Ebenso wird das maßgebliche Auswahlkriterium bei der Beendigungskündigung anders bestimmt als bei der Änderungskündigung. Während bei der Beendigungskündigung der Arbeitnehmer geschützt wird, den die Kündigung am „härte-

⁶¹⁴ Siehe hierzu Teil 3: A. III. 2. c) cc) (1) und d) aa).

⁶¹⁵ Zu Ausnahmen siehe Hromadka, NZA 1996, S. 1, 10.

⁶¹⁶ Vgl. BAG, AP Nr. 27 zu § 2 KSchG 1969 unter B. I. 2. c) der Gründe.

⁶¹⁷ Siehe BAG, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl unter B. II. 2. der Gründe; AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl unter II. 2. der Gründe; AP Nr. 31 zu § 2 KSchG 1969 unter II. 3. d) der Gründe; Kittner/Trittin, KR, § 2 KSchG Rnn. 68 f.; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 780.

⁶¹⁸ Vgl. BAG, AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl unter II. 1. und 2. der Gründe; AP Nr. 31 zu § 2 KSchG 1969 unter II. 1. der Gründe; GK-KR, Rost, § 2 KSchG Rn. 103 a); Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, § 2 Rn. 77; Kittner/Trittin, KR, § 2 KSchG Rnn. 68 ff.

sten“ trifft, ist bei der Änderungskündigung dagegen derjenige kündbar, dem die Änderung der Arbeitsbedingungen am ehesten zumutbar ist.⁶¹⁹ Für die soziale Auswahl kommen neben den „klassischen“ Auswahlkriterien, wie dem Lebensalter, der Dauer der Betriebszugehörigkeit oder etwaigen Unterhaltspflichten (vergleiche § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG) darüber hinaus noch solche Kriterien in Betracht, die einen Bezug zum Arbeitsverhältnis haben oder die sich aus den für das Arbeitsverhältnis relevanten Aspekten der Person des Arbeitnehmers ergeben. Weitere berücksichtigungsfähige soziale Gesichtspunkte sind beispielsweise die Schwerbehinderteneigenschaft oder der Status als werdende Mutter. Für die Frage, welche Arbeitnehmer untereinander vergleichbar und in die Sozialauswahl einzubeziehen sind, kommt es nicht nur darauf an, ob die betreffenden Arbeitnehmer nach ihren bisherigen Tätigkeiten miteinander verglichen werden können und damit auf ihren innegehabten Arbeitsplätzen gegeneinander austauschbar sind. Hinzukommen muß vielmehr, daß diese Arbeitnehmer auch für die Tätigkeit, die Gegenstand des Änderungsangebotes ist, gleich geeignet sind. Die Austauschbarkeit muß sich also auch auf den mit der Änderungskündigung angebotenen Arbeitsplatz beziehen.⁶²⁰ Dieser Aspekt spielt aber bei Änderungen, die nur die Entgeltsenkung betreffen, nur eine untergeordnete Rolle. Im Rahmen der sozialen Auswahl ist bei einer Änderungskündigung zu bedenken, daß hier ein wesentlich geringerer Eingriff in den Bestand des Arbeitsverhältnisses vorliegt als bei einer Beendigungskündigung, so daß auch die Bedeutung der sozialen Unterschiede der vergleichbaren Arbeitnehmer im Hinblick auf die angemessene Vertragsänderung geringer wird.

6. Beteiligung des Betriebsrates

Der Arbeitgeber hat vor Ausspruch einer (betriebsbedingten) Änderungskündigung gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG dem Betriebsrat sowohl die Gründe für die Änderung der Arbeitsbedingungen als auch das Änderungsangebot mitzuteilen.⁶²¹ Hierfür genügt es grundsätzlich nicht, daß der Arbeitgeber die Kündigungsgründe pauschal oder schlagwortartig bezeichnet oder bloße Werturteile ohne die zugrundeliegenden Tatsachen angibt.⁶²² Wird der Be-

⁶¹⁹ So BAG, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl unter B. II. 2. der Gründe; AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl unter II. 2. der Gründe; AP Nr. 31 zu § 2 KSchG unter II. 3. d) der Gründe; KPK, Becker, § 1 KSchG Rn. 550; Schaub, in: Hromadka, Änderung, S. 73, 92.

⁶²⁰ So BAG, AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl unter II. 2. der Gründe; vgl. auch BAG, AP Nr. 4 zu § 22 KO unter B. II. 4. a) der Gründe.

⁶²¹ Siehe BAG, AP Nr. 1 zu § 75 BPersVG unter II. 2. b) der Gründe; AP Nr. 2 zu § 2 KSchG 1969; AP Nr. 14 zu § 2 KSchG 1969 unter B. II. der Gründe; AP Nr. 53 zu § 102 BetrVG 1972 unter II. 1. a) der Gründe; Kittner/Trittin, KR, § 2 KSchG Rn. 73; v. Hoyningen-Huene, Anm. zu BAG, SAE 1983, S. 108, 110.

⁶²² Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 102 BetrVG 1972 unter III. 2. der Gründe; AP Nr. 53 zu § 102 BetrVG 1972 unter II. 1. a) der Gründe.

etriebsrat vom Arbeitgeber über das Änderungsangebot nicht unterrichtet und muß er deswegen davon ausgehen, es handele sich um eine Beendigungskündigung, so führt dies unmittelbar zur Unwirksamkeit der Änderungskündigung nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG.⁶²³

Wurde der Betriebsrat vom Arbeitgeber über die Änderungskündigung überhaupt nicht informiert, ist hinsichtlich der individualrechtlichen Folgen dieser unwirksamen Anhörung zu unterscheiden:

Lehnt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot ab, besteht für die vom Arbeitgeber angestrebte Veränderung der Arbeitsbedingungen keine individualrechtliche Grundlage. Da keine Vertragsänderung zustande gekommen ist, wirkt sich ein Verstoß gegen § 102 Abs. 1 BetrVG dahingehend aus, daß der Arbeitnehmer allein wegen der unterlassenen Anhörung die Unwirksamkeit der Änderungskündigung geltend machen kann, ohne gemäß § 13 Abs. 3 KSchG an die Frist des § 4 S. 1 KSchG gebunden zu sein.

Nimmt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot des Arbeitgebers vorbehaltlos an, wirkt sich ein Verstoß gegen § 102 Abs. 1 BetrVG auf die Wirksamkeit des Änderungsangebots nicht aus. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit nach § 102 Abs. 1 BetrVG betrifft allein die Kündigungserklärung. Das damit zusammenhängende Änderungsangebot ist gemäß § 139 BGB wirksam, weil der Arbeitgeber mit der Änderungskündigung in erster Linie die Änderung der Arbeitsbedingungen herbeiführen will und die Kündigung als Hilfsmittel nur für den Fall einsetzt, daß es nicht zu einer Annahme des Angebotes kommt.⁶²⁴

Für die Wirksamkeit des Änderungsangebotes gilt Entsprechendes, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot des Arbeitgebers unter Vorbehalt annimmt. Auch hier wird gemäß § 139 BGB das Änderungsangebot von der Unwirksamkeit der Kündigungserklärung nicht berührt. Der Änderungsvertrag ist allerdings auflösend bedingt durch die rechtskräftige Feststellung der Unwirksamkeit oder Sozialwidrigkeit der Änderungskündigung. Diese kann der Arbeitnehmer schon wegen eines Verstoßes gegen § 102 Abs. 1 BetrVG geltend machen. Mit der rechtskräftigen Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung entfällt dann die individualrechtliche Grundlage für eine teilweise oder vollständige Streichung der übertariflichen Geldzulagen.

⁶²³ Vgl. BAG, AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972 unter II. 3. a) der Gründe; AP Nr. 17 zu § 102 BetrVG 1972 unter III. 3. a) der Gründe; AP Nr. 53 zu § 102 BetrVG 1972 unter II. 1. a) der Gründe.

⁶²⁴ GK-KR, Rost, § 2 KSchG Rn. 121.

7. Besonderheiten bei der betriebsbedingten Massenänderungskündigung

Bei der betriebsbedingten Massenänderungskündigung sind neben speziellen Eigenheiten bei den Voraussetzungen des dringenden betrieblichen Erfordernisses auch bei der Sozialauswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer sowie kündigungsschutzrechtlich einige Besonderheiten zu beachten. Im Grunde ist die Massenänderungskündigung aber nicht anders zu behandeln als die betriebsbedingte Einzeländerungskündigung.⁶²⁵ Ihre Besonderheit liegt einzig darin, daß der Arbeitgeber zum Zwecke der Änderung der Arbeitsbedingungen statt einem Arbeitnehmer (Einzeländerungskündigung) mehreren Arbeitnehmern gleichzeitig und gleichlautend betriebsbedingt kündigt.

Um nicht nur marginale Einsparungen von übertariflichen Zulagengeldern zu erzielen, wird der Arbeitgeber statt vereinzelter Änderungskündigungen eine Massenänderungskündigung gegenüber der gesamten Belegschaft oder zumindest Teilen dieser aussprechen, welche von einer einheitlichen Geldzulagenregelung gleichermaßen betroffen sind. Aber auch dann, wenn im Betrieb verschiedene übertarifliche Geldzulagenregelungen mit entsprechend unterschiedlichen finanziellen Leistungsumfängen für bestimmte Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen existieren, kann die Massenänderungskündigung ein geeignetes Mittel darstellen, den Arbeitgeber von diesen Geldzahlungen zu befreien. Der Arbeitgeber muß in solchen Fällen bei einer Massenänderungskündigung nur beachten, die übertariflichen Geldzulagen entweder bei allen Arbeitnehmern vollständig zu streichen oder aber prozentual gleich zu kürzen. Anhand dieser Vorüberlegungen wird deutlich, daß die Massenänderungskündigung für den Arbeitgeber ein geeignetes und effizientes Mittel sein kann, um übertarifliche Geldzulagen teilweise oder gänzlich einzusparen.

a) Dringende betriebliche Erfordernisse

Wie bereits im Zusammenhang mit der Einzeländerungskündigung aufgezeigt, liegt ein „dringendes“ betriebliches Erfordernis vor, wenn der Verlust des Arbeitsplatzes des gekündigten Arbeitnehmers nur durch eine Lohnsenkung vermieden werden kann und dem Arbeitgeber keine anderen Mittel zur Verfügung stehen, diesen Erfolg zu erzielen.⁶²⁶ Während es bei der Einzeländerungskündigung konkret auf den Wegfall des einzelnen Arbeitsplatzes ankommt, ist es bei der Massenänderungskündigung, durch die der Arbeitgeber das Ziel einer Lohnsenkung für die gesamte Belegschaft verfolgt, umstritten, ob die Arbeitsplätze insgesamt oder nur ein Teil von ihnen gefährdet sein

⁶²⁵ Siehe dazu Teil 3: A. V. 1. bis 6.

⁶²⁶ Vgl. hierzu Teil 3: A. V. 5. b); Dänzer-Vanotti/Engels, DB 1986, S. 1390, 1392; Hromadka, RdA 1992, S. 234, 256 f.

müssen.⁶²⁷ Das Bundesarbeitsgericht und der überwiegende Teil des Schrifttums vertreten die Auffassung, daß mit einer Massenänderungskündigung Lohnsenkungen auch gegen solche Arbeitnehmer durchgesetzt werden könnten, deren Arbeitsverhältnisse bei einer Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen nicht konkret in Gefahr sind. Für das Vorliegen „dringender betrieblicher Erfordernisse“ genüge es, daß durch die unternehmerische innerbetriebliche Reaktion rechnerisch ein Überhang an Arbeitskräften entstanden wäre, durch den mittelbar oder unmittelbar das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer(s) entfallen sei.⁶²⁸ Dies ergebe sich daraus, daß der Arbeitgeber durch die Wertungen des Kündigungsschutzgesetzes nicht gehalten sei, anstelle von mehreren Änderungskündigungen eine geringe Anzahl von Beendigungskündigungen auszusprechen.⁶²⁹ Gegen diese Ansicht wird vorgebracht, daß es im Fall einer Massenänderungskündigung für das Kriterium „Gefährdung der Arbeitsplätze“ nicht ausreiche, wenn der Arbeitgeber nachweist, vor der Alternative zu stehen, entweder einige wenige Arbeitsplätze abzubauen oder eine „allgemeine“ Lohnsenkung durchzuführen. Vielmehr müsse auch bei der Massenänderungskündigung konkret jeder einzelne Arbeitsplatz gefährdet sein, wenn der betreffende Arbeitnehmer das Änderungsangebot nicht annimmt. Das Risiko des einzelnen Arbeitnehmers, seinen Arbeitsplatz zu verlieren, könne und dürfe nicht mittels allgemeiner Lohnsenkungen auf andere Kollegen verteilt werden.⁶³⁰

Der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts und des überwiegenden Teils des Schrifttums ist zu folgen. Dem Kündigungsschutzgesetz ist nicht zu entnehmen, daß es dem Arbeitgeber zum Zweck der Lohnsenkung verwehrt sein soll, eine Vielzahl von Änderungskündigungen auszusprechen, um einer geringeren Anzahl späterer Beendigungskündigungen zuvorzukommen. Die Entscheidung des Arbeitgebers, zum Beispiel einem Gewinnverfall oder Umsatzverlust mit Hilfe einer Massenänderungskündigung oder wenigen Beendigungskündigungen entgegenzutreten, fällt ebenso in den Bereich seiner freien Unternehmerentscheidung, wie die Beschäftigung zweier Halbtagskräfte statt einer Ganztagskraft, und ist demzufolge genauso zu respektie-

⁶²⁷ Für eine Gefährdung aller Arbeitsplätze: Dänzer-Vanotti/Engels, DB 1986, S. 1390, 1392; Hromadka, RdA 1992, S. 234, 256; eine nennenswerte Anzahl lassen genügen: BAG, AP Nrn. 14 und 31 zu § 2 KSchG 1969; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 779; Krause, DB 1995, S. 574, 577.

⁶²⁸ Vgl. hierzu BAG, AP Nrn. 24, 37 und 45 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

⁶²⁹ So z.B. BAG, AP Nr. 31 zu § 2 KSchG 1969 unter II. 3. a) der Gründe; Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz, S. 204 m.w.N. der Rechtsprechung; Krause, DB 1995, S. 574, 577; sinngem. auch B. Preis, NZA 1997, S. 625, 631; Schwerdtner, ZIP 1984, S. 10, 13.

⁶³⁰ So vor allem Dänzer-Vanotti/Engels, DB 1986, S. 1390, 1392; Hromadka, RdA 1992, S. 234, 256, insbes. Fn. 285.

ren.⁶³¹ Außerdem stellt die Verteilung eines Gewinnverfalls oder Umsatzverlustes durch eine Vielzahl von Änderungskündigungen, bezogen auf die Gesamtheit der Belegschaft, ein „milderes Mittel“ dar, als eine oder wenige Beendigungskündigungen.⁶³² Bei der fallrelevanten Massenänderungskündigung kommt somit eine Lohnsenkung des Arbeitgebers durch die teilweise oder vollständige Reduzierung der übertariflichen Geldzulagen für die gesamte Belegschaft oder Teile dieser nur dann in Betracht, wenn ohne diese Lohnsenkung sonst alle Arbeitsplätze oder zumindest ein Teil davon gefährdet wären.

b) Sozialauswahl

Die Sozialauswahl bei einer Massenbeendigungs- und der hier relevanten Massenänderungskündigung hat in der Vergangenheit wegen des Erfordernisses einer einzelfallbezogenen Gesamtabwägung aller auswahlrelevanten Sozialdaten des jeweiligen Arbeitnehmers, einschließlich der Wertigkeit der drei Auswahlgesichtspunkte: Lebensalter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten,⁶³³ in der Praxis große Schwierigkeiten bereitet. Wurde nämlich mehreren Arbeitnehmern aus dringenden betrieblichen Gründen zur selben Zeit gekündigt, einem vergleichbaren Arbeitnehmer, der erheblich weniger hart von der Kündigung betroffen gewesen wäre beziehungsweise dem die neuen Arbeitsbedingungen in sozialer Hinsicht eher zumutbar gewesen wären, dagegen nicht, so konnten sich nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sämtliche gekündigten Arbeitnehmer auf diesen Auswahlfehler berufen.⁶³⁴ Um dieses, als untragbar empfundene Ergebnis zu vermeiden, „neigte“ der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts dazu, dem Arbeitgeber die Möglichkeit einzuräumen, Fehler in der Sozialauswahl nachträglich im Kündigungsschutzprozeß zu korrigieren, indem er den weniger hart betroffenen Arbeitnehmern kündigt und einer entsprechenden Anzahl von Arbeitnehmern die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses anbietet.⁶³⁵ Abschließend hatte der 2. Senat über die Zulässigkeit dieser Möglichkeit jedoch nicht zu entscheiden, da der Arbeitgeber zu einer Korrektur seiner sozialen Auswahl von vornherein nicht bereit war.

Im Ansatz stellte der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts völlig zu Recht klar, daß sich auch bei Massenentlassungen jeder einzelne Arbeitnehmer auf Feh-

⁶³¹ So der Sachverhalt, mit dem sich das BAG in BAG, AP Nr. 31 zu § 2 KSchG 1969 zu beschäftigen hatte.

⁶³² So auch BAG, AP Nr. 31 zu § 2 KSchG 1969 unter II. 3. b) der Gründe; B. Preis, NZA 1997, S. 625, 631.

⁶³³ Siehe hierzu Teil 3: A. V. 5. e).

⁶³⁴ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl unter B. II. 4. c) der Gründe.

⁶³⁵ Vgl. BAG, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl unter B. II. 4. f) der Gründe.

ler in der sozialen Auswahl berufen kann; einer nachträglichen Korrektur des Auswahlergebnisses durch den Arbeitgeber im Prozeß, wie vom 2. Senat vorgeschlagen, kann jedoch nicht zugestimmt werden.⁶³⁶ Gegen diese Korrekturmöglichkeit der sozialen Auswahl spricht entscheidend die Gesetzessystematik, nach der die soziale Rechtfertigung einer Kündigung nach den Umständen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung zu beurteilen ist.⁶³⁷ Außerdem ist es aufgrund der individuellen Gestaltung des Kündigungsschutzprozesses ausgeschlossen, nur dem sozial „schwächsten“ Arbeitnehmer das Recht einzuräumen, sich im Prozeß auf einen eventuellen Auswahlfehler des Arbeitgebers zu berufen.⁶³⁸

Wegen dieser grundlegenden dogmatischen Bedenken, die zwar auch der 2. Senat äußerte, in Anbetracht der Schwierigkeiten bei der korrekten sozialen Auswahl einer Massenkündigung aber für vernachlässigbar hielt,⁶³⁹ hat das Bundesarbeitsgericht in seiner folgenden Rechtsprechung die vom 2. Senat in den Raum gestellte nachträgliche Korrekturmöglichkeit der sozialen Auswahl durch den Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozeß unberücksichtigt gelassen und nicht wieder aufgegriffen.

Wenn im Fall einer Massenänderungskündigung die Gesamtheit oder aber nur Teile der betroffenen Arbeitnehmer die vom Arbeitgeber beabsichtigte Änderung der Arbeitsbedingungen (Kürzung oder Streichung der übertariflichen Geldzulagen) vorbehaltlos ablehnen, kann diese Kündigung zur Beendigung der Arbeitsverträge und somit zu Massenentlassungen führen. Um den damit verbundenen, oben aufgezeigten Problemen bezüglich einer fehlerhaften sozialen Auswahl bei einer solchen Massenkündigung zu begegnen, und überhaupt die praktischen Hindernisse, die für eine korrekte soziale Auswahl bei Massenbeendigungskündigungen und Massenänderungskündigungen bestehen, auszuräumen, können die Betriebspartner gemäß § 1 Abs. 4 KSchG bei einer bevorstehenden Massenentlassung in Auswahlrichtlinien oder in einem Sozialplan eine Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten vornehmen, die dann gerichtlich nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann. Dabei können nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG von der Sozialauswahl jedoch diejenigen Arbeitnehmer ausgenommen werden, auf die im Interesse eines geordneten Betriebsablauf nicht verzichtet werden kann.⁶⁴⁰ Zum

⁶³⁶ So auch Herschel/Löwisch, KSchG, § 1 Rn. 247; Berkowsky, Die betriebsbedingte Kündigung, S. 283; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 670; Löwisch, Anm. zu BAG, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, Bl. 7, 8 f.

⁶³⁷ Ebenso Herschel/Löwisch, KSchG, § 1 Rn. 247; KPK, Becker, § 1 KSchG Rn. 356 a); Löwisch, Anm. zu BAG, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, Bl. 7, 8.

⁶³⁸ So z.B. Berkowsky, Die betriebsbedingte Kündigung, S. 283.

⁶³⁹ Vgl. BAG, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl unter B. II. 4. f) der Gründe.

⁶⁴⁰ Ausführlich hierzu Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, § 1 KSchG Rnn. 490 ff.; HK-KSchG, Dorndorf, § 1 Rnn. 1095 ff.

einen können die Betriebspartner selbst in den Auswahlrichtlinien die Kriterien festlegen, nach denen Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG von der sozialen Auswahl auszunehmen sind oder zum anderen, im Sozialplan die zu kündigenden oder diejenigen, die nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG weiterbeschäftigt werden sollen, namentlich benennen. Aber selbst wenn dies nicht erfolgt, genügt es, wenn der Arbeitgeber darlegt, daß die Weiterbeschäftigung bestimmter Arbeitnehmer im Interesse eines geordneten Betriebsablaufs liegt. Da der Arbeitgeber in § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG lediglich verpflichtet wird, die gesetzlich normierten Auswahlkriterien ausreichend zu berücksichtigen und nicht etwa eine mathematische Formel für die „richtige“ soziale Auswahl aufzustellen, wird man gerade bei Massenentlassungen sachlichen triftigen Gründen des Arbeitgebers für die Gewichtung der Auswahlkriterien nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG und für die Weiterbeschäftigung von (sozial stärkeren) Arbeitnehmern das vom Gesetzgeber gewollte größere Gewicht berechtigter betrieblicher Interessen beimessen müssen. Dies gilt vor allem auch für das Interesse des Unternehmens an einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes. Es muß verhindert werden, daß die „Massenauswahl“ zu einer „Vergreisung“ der Belegschaft führt, also nach einer Massenentlassung eine Restbelegschaft verbleibt, die nach Altersaufbau und Leistungsstärke eine erfolgreiche Weiterarbeit gefährdet.⁶⁴¹ Durch die Regelung des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG wird dem Arbeitgeber, gerade im Hinblick auf die Massenänderungskündigung, eine „korrekte“ soziale Auswahl erleichtert, indem ihm bei der Gewichtung der Einzelkriterien für die soziale Auswahl und für die Weiterbeschäftigung bestimmter sozial stärkerer Arbeitnehmer ein Ermessensspielraum eingeräumt wird. Noch deutlicher geht dies aus § 1 Abs. 4 KSchG hervor, in denen den Betriebspartnern ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt wird und die gerichtliche Überprüfung ihrer Bewertung oder sozialen Auswahl auf grobe Fehlerhaftigkeit beschränkt wird.

c) Kündigungsschutz bei Massenentlassungen

Wie bereits erwähnt, wird ein Arbeitgeber mit den Einsparungen übertariflicher Geldzulagen letztlich den wirtschaftlichen Zusammenbruch seines Unternehmens nur dann verhindern können, wenn er diese Zulagen nicht nur bei einem einzelnen Arbeitnehmer, sondern bei vielen Arbeitnehmern, wenn nicht sogar der gesamten Belegschaft mit Hilfe einer großen Anzahl von Änderungskündigungen oder einer Massenänderungskündigung teilweise oder vollständig streicht.

Unter kündigungsschutzrechtlichen Gesichtspunkten kann sich das arbeitsrechtliche Mittel der Massenänderungskündigung in der Praxis überaus problematisch und kompliziert erweisen, wenn die vom Arbeitgeber beabsich-

⁶⁴¹ MünchArbR-Bd. 2, Berkowsky, § 151 Rn. 47; ähnlich auch B. Preis, DB 1984, S. 2244, 2249.

tigte Änderung der Arbeitsbedingungen von allen oder nur von einzelnen Arbeitnehmern, die von dieser Kündigung betroffen sind, vorbehaltlos abgelehnt wird. In diesem Fall kann nämlich die Massenänderungskündigung zur Beendigung der Arbeitsverträge und somit zu Massenentlassungen führen. Dies führt nicht nur bei den davon betroffenen Arbeitnehmern zu Problemen, sondern auch für unsere Gesellschaft im Ganzen, da der Arbeitsmarkt durch Massenentlassungen regelmäßig stärker belastet wird, als durch vereinzelte Entlassungen. Deshalb schreibt das Kündigungsschutzgesetz für Massenentlassungen in den §§ 17 ff. KSchG ein besonderes Verfahren vor, ohne dessen Einhaltung die Entlassungen nicht wirksam werden können. Der Arbeitgeber ist insbesondere verpflichtet, Massenentlassungen dem zuständigen Arbeitsamt anzuzeigen. Darüber hinaus hat er gewisse Fristen, wie Sperr- und Freifristen, zu beachten.⁶⁴²

Zentrale Normen des Kündigungsschutzes bei Massenentlassungen sind die §§ 17 ff. KSchG. Zweck dieses Kündigungsschutzes ist nicht der Schutz des jeweiligen Betriebes, in welchem Arbeitnehmer in größerer Zahl entlassen werden, sondern vielmehr der Schutz des Arbeitsmarktes, der dadurch belastet wird, daß er die massenhaft entlassenen Arbeitnehmer auf einmal „aufnehmen“ muß.

aa) Anzeigepflicht nach § 17 KSchG

Ab einer bestimmten Betriebsgröße (in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmer) hat der Arbeitgeber dem Arbeitsamt Entlassungen anzuzeigen, wenn sie innerhalb von dreißig Kalendertagen eine bestimmte Grenze übersteigen (§ 17 Abs. 1 KSchG). Ausgenommen von dieser Anzeigepflicht sind Saison- und Kampagnebetriebe, wenn die Entlassungen durch diese Eigenart der Betriebe bedingt sind (§ 22 Abs. 1 KSchG). Ebenso von dieser Regelung ausgenommen sind Seeschiffe und ihre Besatzungen (§ 23 Abs. 2 KSchG); Binnenschiffe hingegen unterliegen der Regelung der §§ 17 ff. KSchG.

Eine anzeigepflichtige Entlassung liegt vor, wenn der Arbeitgeber durch einseitige Willenserklärung (Kündigung) die Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeiführt. Dies gilt jedoch nur für ordentliche Kündigungen. Fristlose Kündigungen werden dagegen bei den nach § 17 KSchG zu berücksichtigenden Entlassungen nicht mitgerechnet (§ 17 Abs. 4 KSchG). Der Kündigung stehen nach § 17 Abs. 1 S. 2 KSchG auch solche Beendigungsgründe gleich, die vom Arbeitgeber veranlaßt werden. Dazu gehören auch Kündigungen seitens der Arbeitnehmer, die durch den Druck einer arbeitgeberseitig angedrohten Kündigung veranlaßt wurden.⁶⁴³ Wird das Arbeitsverhältnis auf andere Weise, wie zum Beispiel durch eine zulässige Befristung,

⁶⁴² Dazu ausführlich Berkowsky, Die betriebsbedingte Kündigung, S. 292.

⁶⁴³ Siehe hierzu BAG, AP Nr. 1 zu § 17 KSchG 1969.

durch eine Bedingung, durch eine Anfechtung, durch einen Aufhebungsvertrag oder infolge Nichtigkeit beendet, ist dieses Arbeitsverhältnis bei der Berechnung der „Entlassungen“ nach § 17 Abs. 1 KSchG nicht mitzuzählen. Die hier relevante (Massen-) Änderungskündigung beeinflusst die Quote der Entlassungen nur dann, wenn, wie bereits erwähnt, die Arbeitnehmer der beabsichtigten Vertragsänderung des Arbeitgebers nicht zustimmen. In diesen Fällen wird die (Massen-) Änderungskündigung zur (Massen-) Beendigungskündigung und ist bei der Berechnung der Entlassungen mitzuzählen. Spricht der Arbeitgeber also zum Zweck der Einsparung von übertariflichen Geldzulagen eine Massenänderungskündigung aus, greifen die §§ 17 ff. KSchG ein, wenn die Zahl der nicht angenommenen Änderungskündigungen so groß ist, daß die zahlenmäßigen Voraussetzungen nach § 17 Abs. 1 KSchG erfüllt sind. Nehmen die Arbeitnehmer dagegen das arbeitgeberseitige Änderungsangebot unter dem Vorbehalt an, daß die beabsichtigte Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist und machen sie von ihrer Klagebefugnis nach den §§ 2 und 4 KSchG Gebrauch, so wird die Änderungskündigung bei der Quote der Entlassungen nicht mitberücksichtigt, da sie keine Auflösung des Arbeitsvertrages herbeiführt.

bb) Beteiligung des Betriebsrates bei anzeigepflichtigen Entlassungen

Gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die beabsichtigten, nach § 17 Abs. 1 KSchG anzeigepflichtigen Entlassungen schriftlich zu informieren. Er hat ihm insbesondere die Gründe für die Entlassungen, die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer, die Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer sowie den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen, mitzuteilen. Gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 KSchG hat der Arbeitgeber eine Abschrift dieser Mitteilung an den Betriebsrat dem zuständigen Arbeitsamt zuzuleiten. Dies dient dem Arbeitsamt dazu, sich möglichst frühzeitig auf die zu erwartende Belastung des Arbeitsmarktes einstellen und Maßnahmen zur Bekämpfung ihrer nachteiligen Folgen treffen zu können. Ferner hat der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat Möglichkeiten zu beraten, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen zu mildern (§ 17 Abs. 2 S. 2 KSchG).

cc) Anzeige an das Arbeitsamt

Hat der Arbeitgeber die anstehenden Entlassungen mit dem Betriebsrat erörtert und sich dessen Stellungnahme eingeholt, muß er die beabsichtigten Entlassungen dem zuständigen Arbeitsamt anzeigen. Diese Anzeige, welche der Schriftform bedarf, muß sowohl Angaben über den Betrieb enthalten, also Name des Arbeitgebers, Sitz und Art des Betriebes, die Zahl der zu entlassenden Arbeitnehmer etc. als auch über die zu entlassenden Arbeitnehmer, wie beispielsweise Geschlecht, Alter, Beruf ect. (vergleiche § 17 Abs. 3

KSchG). Dem Arbeitsamt dienen diese Angaben zur Neuvermittlung der zu entlassenden Arbeitnehmer. Eine Abschrift der Anzeige hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat zuzuleiten. Neben der Anzeige der Massenentlassung muß der Arbeitgeber dem Arbeitsamt auch eine Abschrift der Stellungnahme des Betriebsrates, die dieser aufgrund seiner Beteiligung abgegeben hat, beifügen. Fehlt diese Stellungnahme des Betriebsrates oder ist die Anzeige des Arbeitgebers hinsichtlich ihres Informationsinhaltes nur unvollständig, so ist die gesamte arbeitgeberseitige Anzeige rechtsunwirksam.⁶⁴⁴ Eine nachträgliche Heilung der Rechtsunwirksamkeit (ex nunc Wirkung) ist jedoch durch Nachholung der vollständigen Informationspflicht bis zum Zeitpunkt der ersten Entlassung oder der Entscheidung des Landesarbeitsamtes möglich.⁶⁴⁵ Die Anzeige an das Arbeitsamt hat der Arbeitgeber vor der Entlassung zu erstatten. Hat er das versäumt, so wird die Kündigung unwirksam, sofern sich der Arbeitnehmer darauf beruft.⁶⁴⁶ Eine vorsorgliche Anzeige des Arbeitgebers ist zulässig.⁶⁴⁷

dd) Rechtsfolgen bei unterlassenen Anzeigen

Wenn der Arbeitgeber dem zuständigen Arbeitsamt die anzeigenschuldigen Entlassungen nicht meldet oder diese zwar meldet, die Anzeigen aber unwirksam sind, hat das zur Folge, daß auch die beabsichtigten Entlassungen unwirksam sind.⁶⁴⁸ Die Unwirksamkeit entfaltet jedoch nur dann eine rechtliche Wirkung, wenn sich der Arbeitnehmer auch auf diese beruft. Dem Arbeitnehmer wird also ein Wahlrecht eingeräumt, ob er die Entlassung hinnehmen oder aber sich auf die Unwirksamkeit der Entlassung berufen will. Dieses Wahlrecht hat er bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Beruft er sich auf die Unwirksamkeit und erhebt in irgendeiner Weise Widerspruch gegen die Entlassung, so ist diese endgültig unwirksam.⁶⁴⁹ Die Unwirksamkeit nach § 18 KSchG erstreckt sich auf alle Entlassungen, nicht etwa nur diejenigen, die über die Mindestzahlen nach § 17 Abs. 1 KSchG hinausgehen.⁶⁵⁰

⁶⁴⁴ Berkowsky, Die betriebsbedingte Kündigung, S. 291; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz, Rn. 959.

⁶⁴⁵ Vgl. GK-KR, Weigand, § 17 KSchG Rn. 83; Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, § 17 Rn. 70; Kittner/Trittin, KR, § 17 KSchG Rn. 43.

⁶⁴⁶ Siehe Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, § 18 Rnn. 27 ff.

⁶⁴⁷ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 9 zu § 15 KSchG 1951.

⁶⁴⁸ So BAG, AP Nr. 2 zu § 2 KSchG 1969; GK-KR, Weigand, § 17 KSchG Rn. 100; Berkowsky, Die betriebsbedingte Kündigung, S. 292.

⁶⁴⁹ Siehe GK-KR, Weigand, § 17 KSchG Rn. 100; Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, § 18 Rn. 32; Ascheid, KSchR, Rn. 537; Nikisch, DB 1960, S. 1274 f.; Nipperdey, RdA 1960, S. 285 f.

⁶⁵⁰ So BAG, AP Nr. 5 zu § 15 KSchG 1969 unter B. II. der Gründe.

VI. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer betriebsbedingten Teilkündigung

Zu prüfen ist, ob der Arbeitgeber die teilweise oder gänzliche Einsparung von arbeitsvertraglich gewährten übertariflichen Geldzulagen bei der Belegschaft, neben betriebsbedingten Änderungskündigungen oder einer Massenänderungskündigung, möglicherweise mit Hilfe von betriebsbedingten Teilkündigungen oder einer Massenteilkündigung, der den Arbeitsverträgen zugrundeliegenden „Zulagenklauseln“, realisieren kann. Entscheidendes Merkmal der Teilkündigung ist die einseitige Änderung der Vertragsbedingungen gegen den Willen der anderen Vertragspartei.⁶⁵¹ Im Gegensatz zur Änderungskündigung, die das Arbeitsverhältnis in seinem ganzen Bestand erfaßt, ist die Teilkündigung auf die Auflösung nur einzelner Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis gerichtet. Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses wird also nicht berührt.⁶⁵² Nach herrschender Ansicht ist die Teilkündigung jedoch unzulässig, da das Arbeitsverhältnis als Einheit zu betrachten ist und nur als Ganzes gekündigt werden kann.⁶⁵³ Es könne nicht sein, so meint man, daß eine Vertragspartei einseitig einzelne, unwillkommene Vertragsbestandteile aufkündige. Dies gelte insbesondere für die Hauptpflichten der Arbeitsvertragsparteien, wie die Arbeits- und Vergütungspflicht.⁶⁵⁴ Die Teilkündigung ist aber ausnahmsweise zulässig, wenn die Aufhebung einzelner Vertragsbestandteile arbeitsvertraglich bereits vorgesehen oder durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag eingeräumt ist.⁶⁵⁵ In diesen Fällen kann der Arbeitgeber, wie bei dem vorbehaltenen Leistungsbestimmungsrecht des Widerrufs, einseitig auf die Konkretisierung der vertraglichen Leistungen einwirken. Der Arbeitgeber könnte somit die Zahlung der

⁶⁵¹ Vgl. BAG, AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung unter III. 1. a) der Gründe; AP Nr. 6 zu § 620 BGB Teilkündigung unter B. II. 2. der Gründe.

⁶⁵² GK-KR, Rost, § 2 KSchG Rn. 51; Hueck/v. Hoyningen Huene, KSchG, § 2 Rn. 28; KPK, Bengelsdorf, § 2 KSchG Rn. 54.

⁶⁵³ Vgl. BAG, AP Nrn. 1, 5 und 6 zu § 620 BGB Teilkündigung; AP Nr. 3 zu § 565 e) BGB; AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; AP Nr. 25 zu § 123 GewO; AP Nr. 17 zu § 17 BAT; GK-KR, Rost, § 2 KSchG Rnn. 51 ff.; Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz, S. 40 f.; Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, § 2 Rnn. 28 f.; MüKo, BGB, Schwerdtner, vor § 620 Rn. 59; Söllner, ArbR, S. 294 f.; Gumpert, BB 1969, S. 409 ff.; Hromadka, RdA 1992, S. 234, 251; G. Hueck, RdA 1968, S. 201 ff.; Monjau, DB 1959, S. 707 f.; a.A. insbes. Joachim, RdA 1957, S. 326, 329; kritisch Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz, Rnn. 139 ff.; Wank, in: Hromadka, Änderung, S. 35, 48 f.; ders., in: MünchArbR-Bd. 1, § 115 Rn. 50.

⁶⁵⁴ Siehe z.B. BAG, AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung unter III. 1. a) der Gründe; AP Nr. 6 zu § 620 BGB Teilkündigung unter B. II. 2. der Gründe; KPK, Bengelsdorf, § 2 KSchG Rn. 55.

⁶⁵⁵ So BAG, AP Nr. 27 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag unter B. III. 3. der Gründe; vgl. auch BAG, AP Nr. 25 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 17 zu § 17 BAT.

arbeitsvertraglich gewährten übertariflichen Geldzulagen an die Belegschaft durch eine Teilkündigung der „Zulagenklauseln“ teilweise oder vollständig einstellen, sofern eine solche Teilkündigung mit den Arbeitnehmern in den Arbeitsverträgen vereinbart war. Aus Gründen der Rechtsklarheit sollte man aber auch bei diesen vertraglichen Absprachen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer von einem Widerrufsvorbehalt sprechen und die bereits hierzu erörterten Grundsätze auf die vereinbarte Teilkündigung anwenden.⁶⁵⁶ Die Arbeitsvertragsparteien wollen bei dem Vorbehalt einer Teilkündigung im Grunde gar keine Kündigung. Der Arbeitgeber will lediglich von seinem vorbehaltenen Recht Gebrauch machen, gewisse Teilvertragsbindungen einseitig aufzuheben. Das ist nichts anderes als die Ausübung eines Widerrufsvorbehaltes. Deshalb sollte der Ausdruck „Kündigung“ vermieden werden, selbst wenn für den Widerruf die Einhaltung einer der Kündigungsfrist entsprechenden Frist vereinbart ist.⁶⁵⁷ Auch das Bundesarbeitsgericht versteht jedes vertragliche Recht, einseitig Vertragsbedingungen zu ändern, unabhängig von der gewählten Bezeichnung, als einen Widerrufsvorbehalt.⁶⁵⁸ Eine Gleichstellung der Teilkündigung mit dem Widerrufsvorbehalt liegt auch nahe, da die Teilkündigung nach allgemeiner Ansicht nicht vom Kündigungsschutzgesetz erfaßt wird.⁶⁵⁹

Gleichwohl gibt es Stimmen im Schrifttum, die zwischen vereinbarter Teilkündigung und Widerrufsvorbehalt streng unterscheiden.⁶⁶⁰ *Wank* hält für die einseitige Änderung von Arbeitsbedingungen die Teilkündigung für „das“ effektive Mittel, sofern das Kündigungsschutzgesetz auf die Teilkündigung in gleicher Weise Anwendung fände, wie auf die Änderungskündigung.⁶⁶¹ Durch die Anwendung der kündigungsrechtlichen Vorschriften, wie der Kündigungsfrist, dem Kündigungstermin, dem Kündigungsgrund und der Beteiligung des Betriebsrates, hätte der Arbeitnehmer bei der Teilkündigung nur die Verschlechterungen seiner Arbeitsbedingungen zu befürchten, während er bei der Änderungskündigung seinen Arbeitsplatz verlieren könnte. *Wank* ist der Ansicht, daß wenn man die Teilkündigung nicht zuließe, man als „Ausweichstrategie“ den Widerrufsvorbehalt provoziere, der seinerseits wiederum als

⁶⁵⁶ Vgl. GK-KR, Rost, § 2 KSchG Rn. 51; zum ausdrücklichen Widerrufsvorbehalt siehe Teil 3: A. III.

⁶⁵⁷ So auch Hromadka, DB 1995, S. 1609 f.; ders., RdA 1992, S. 234, 243; G. Hueck, RdA 1968, S. 201, 205.

⁶⁵⁸ So ausdrücklich BAG, AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung unter III. 1. b) der Gründe; vgl. auch Staudinger, BGB, Neumann, Vorbem. 83 vor § 620.

⁶⁵⁹ Vgl. GK-KR, Rost, § 2 KSchG Rn. 51; Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, § 2 Rn. 28; Staudinger, BGB, Neumann, Vorbem. 83 vor § 620.

⁶⁶⁰ Wank, in: Hromadka, Änderung, S. 35, 48 f.; ebenfalls für die Teilkündigung Joachim, RdA 1957, S. 326, 329.

⁶⁶¹ Wank, in: Hromadka, Änderung, S. 35, 48 f.

überzogene Reaktion eine Umgehungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts provozieren würde.⁶⁶²

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Wie bereits erwähnt, ist die Vereinbarung einer Zulässigkeit der Teilkündigung nichts anderes, als ein vom Arbeitnehmer akzeptierter Widerrufsvorbehalt des Arbeitgebers. Diesen Vorbehalt hat der Arbeitgeber gemäß § 315 Abs. 1 BGB im Zweifel nach billigem Ermessen auszuüben.⁶⁶³ Der Vorschlag, die Teilkündigung dem Kündigungsschutzgesetz zu unterwerfen,⁶⁶⁴ erscheint auf den ersten Blick unter kündigungsschutzrechtlichen Aspekten für den Arbeitnehmer vorteilhaft zu sein; letztlich geht die Teilkündigung aber dann in der Änderungskündigung nach § 2 KSchG auf. Darüber hinaus muß bezweifelt werden, daß eine gesetzliche Regelung der Teilkündigung einen größeren Arbeitnehmerschutz gewährleistet, als die Regeln des BGB hinsichtlich des Widerrufsvorbehaltes. Der Arbeitnehmer genießt durch die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 1 BGB schon einen hinreichenden Schutz gegenüber einseitigen Änderungen der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber.⁶⁶⁵ Diese Kontrolle ist nicht wesensverschieden gegenüber der Kontrolle nach § 2 KSchG.⁶⁶⁶ Der Arbeitgeber kann somit durch die Ausübung des Widerrufsvorbehaltes die Wertungen des Kündigungs-schutzrechtes im Grunde gar nicht umgehen, weil die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 1 BGB der von § 2 KSchG gebotenen Kontrolle in nichts nachsteht.⁶⁶⁷ Der Vorwurf von *Wank*, durch die Nichtzulassung der Teilkündigung werde der Widerrufsvorbehalt als Ausweichstrategie provoziert und daraus resultiere eine überzogene Umgehungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts,⁶⁶⁸ muß daher zurückgewiesen werden. Von dem Widerrufsvorbehalt als „Ausweichstrategie“ zu sprechen, ist unangemessen, da bei diesem aufgrund der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 1 BGB derselbe Arbeitnehmerschutz wie in § 2 KSchG gewährleistet wird.⁶⁶⁹

Haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer also arbeitsvertraglich eine Teilkündigung der Vertragsklausel hinsichtlich übertariflicher Geldzulagen vereinbart,

⁶⁶² Siehe Wank, in: Hromadka, Änderung, S. 35, 49 f.

⁶⁶³ Siehe Teil 3: A. III. 2. b).

⁶⁶⁴ So Staudinger, BGB, Neumann, Vorbem. 82 vor § 620 BGB; Wank, in: Hromadka, Änderung, S. 35, 48 f.

⁶⁶⁵ Vorausgesetzt, der Arbeitgeber hat sich den Widerruf nicht ausdrücklich nach freiem Belieben vorbehalten.

⁶⁶⁶ Vgl. Söllner, in: Hromadka, Änderung, S. 13, 21.

⁶⁶⁷ Vgl. Söllner, in: Hromadka, Änderung, S. 13, 22.

⁶⁶⁸ Wank, in: Hromadka, Änderung, S. 35, 49 f.

⁶⁶⁹ Wie gesagt, aber nur für den Fall, in dem sich der Arbeitgeber keinen Widerruf nach freiem Belieben vorbehalten hat; siehe Teil 3: A. III. 2. a) und c) cc).

richtet sich die arbeitgeberseitige Ausübung dieser „Kündigung“ im Zweifel nach § 315 Abs. 1 BGB.⁶⁷⁰

VII. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage

Im folgenden ist der Frage nachzugehen, ob der Arbeitgeber durch Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage möglicherweise berechtigt ist, die Zahlungen der arbeitsvertraglich gewährten übertariflichen Zulagengelder an seine Arbeitnehmer zukünftig teilweise oder gänzlich einzustellen. Da finanzielle Schwierigkeiten des Arbeitgebers die wohl wichtigsten und häufigsten Gründe dafür sind, daß dieser seinen Arbeitnehmern die übertariflichen Geldzulagen nur noch teilweise oder gar nicht mehr ausbezahlen kann, wird bei der Prüfung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ausschließlich auf diese Gründe eingegangen.

1. Allgemeines und Begriff

Die Rechtsfigur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ist eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Sie führt zu einer Anpassung des Vertragsinhaltes, wenn die Geschäftsgrundlage bei Vertrags-schluß gefehlt hat, sich später geändert hat oder weggefallen ist.⁶⁷¹ Der Vertragspartner kann sich dann auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen, wenn ihm das unveränderte Festhalten am Vertrag nach Treu und Glauben unzumutbar geworden ist.⁶⁷² Unter dem Begriff „Geschäftsgrundlage“ versteht die Rechtsprechung die bei Abschluß des Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei, von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille auf diesen Vorstellungen aufbaut.⁶⁷³ Die Rechtsprechung stellt aber auch auf objektive Umstän-

⁶⁷⁰ Bei einer ausdrücklich vorbehaltenen „Teilkündigung“ übertariflicher Geldzulagen nach freiem Belieben, muß der Arbeitgeber bei der Ausübung meines Erachtens aber kein „billiges Ermessen“ beachten; siehe Teil 3: A. III. 2. c) cc).

⁶⁷¹ Zur Entwicklung des Instituts siehe den kurzen Überblick von Roth, MüKo, BGB, § 242 Rnn. 500 ff. und Ascheid, in: Hromadka, Änderung, S. 109, 110 ff.; grundlegend zur Entstehungsgeschichte: Fikentscher, Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos; Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung; Oertmann, Die Geschäftsgrundlage.

⁶⁷² BAG, AP Nr. 33 zu § 612 BGB unter II. 2. b) der Gründe; AP Nr. 7 zu § 242 BGB Geschäftsgrundlage unter 2. c) der Gründe; BGHZ, 47, S. 376, 380 f.; 58, S. 355, 361 f.; 62, S. 20, 24 f.

⁶⁷³ Std. Rspr. seit RGZ 103, S. 328 ff.; vgl. BGHZ 2, S. 176, 188; 7, S. 346, 360; 25, S. 390, 392; BAG, AP Nr. 7 zu § 242 BGB Geschäftsgrundlage unter 2. b) der Gründe; AP Nr. 20 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag unter 1. der Gründe; AP Nr. 27 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag unter B. III. 3. a) der Gründe; AP Nr. 31 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag unter II. 1. der Gründe; diese, von der Rechtsprechung zugrundegelegte subjektive Formel, geht auf Oertmann (Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, S. 37) zurück.

de ab, wenn etwa formuliert wird, daß von solchen Umständen auszugehen ist, nach denen der Vertrag im Sinne der Intention beider Vertragsparteien noch als sinnvolle Regelung bestehen kann. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage liege vor, wenn das Gleichwertverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung in einem solchen Maße gestört sei, daß von einer Gegenleistung nicht mehr gesprochen werden könne (Äquivalenzstörung) oder wenn der objektive beiderseitige Zweck nicht nur zeitweilig unerreichbar geworden sei (Zweckstörung).⁶⁷⁴

Der von der Rechtsprechung definierte Begriff der Geschäftsgrundlage wird von der Rechtslehre überwiegend abgelehnt. Diese ist aber bei der Bestimmung des Geschäftsgrundlagenbegriffes selbst in sich zerstritten und uneinheitlich.⁶⁷⁵ Auf die im Schrifttum existierenden verschiedenen anderen Theorien zur Geschäftsgrundlage kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden.⁶⁷⁶ Da die Rechtsprechung bei der Begriffsbestimmung der Geschäftsgrundlage jedoch subjektive und objektive Gesichtspunkte gleichermaßen berücksichtigt, ist an ihrer vertretenen Theorie, die auf die Grundlagen des Geschäftswillens unter Einbeziehung auch objektiver Gesichtspunkte abstellt, festzuhalten.

Zu beachten ist jedoch, daß die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht mehr anwendbar sind, wenn die Vertragsparteien eine Lösung gefunden haben oder wenn im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu ermitteln ist, welche Lösung sie bei grundlegender Veränderung der Umstände getroffen hätten.⁶⁷⁷ Nach allgemeiner Ansicht dient die Rechtsfigur vom Wegfall der Geschäftsgrundlage als Lückenausfüllung; gesetzliche und vertragliche Regelungen haben Vorrang.⁶⁷⁸ Ihre Rechtsgrundlage hat diese Rechtsfigur in § 242 BGB.⁶⁷⁹ Wichtigste Anwendungsfälle sind die schon genannte Äquivalenz- und Zweckstörung.

⁶⁷⁴ So BGHZ 61, S. 153, 160; BAG, AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter I. 2. b) (1) der Gründe; vgl. auch AP Nr. 5 zu § 242 BGB Geschäftsgrundlage unter I. der Gründe; AP Nr. 17 zu § 242 BGB Geschäftsgrundlage unter II. der Gründe.

⁶⁷⁵ Chiotellis (Chiotellis, Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen) hat 56 Theorien über die Geschäftsgrundlage gezählt.

⁶⁷⁶ Zu einem Teil der existierenden Theorien vgl. MüKo, BGB, Roth, § 242 Rnn. 500 ff.; Ascheid, in: Hromadka, Änderung, S. 109, 110 ff.

⁶⁷⁷ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag.

⁶⁷⁸ Vgl. z.B. BGHZ 40, S. 334, 336; 90, S. 69, 74; MüKo, BGB, Roth, § 242 Rnn. 555 ff.; Soergel, BGB, Teichmann, § 242 Rnn. 223 und 229; Ulmer, BB 1982, S. 1125, 1130.

⁶⁷⁹ Soergel, BGB, Teichmann, § 242 Rn. 202.

2. Finanzielle Schwierigkeiten des Arbeitgebers

Wie bereits erwähnt, sind finanzielle Schwierigkeiten seitens des Arbeitgebers die Hauptgründe für dessen teilweise oder vollständige Einstellung von übertariflichen Geldzulagenzahlungen an seine Arbeitnehmer. Die Ursachen finanzieller Schwierigkeiten sind vielschichtig. Zum Beispiel können ein Auftrags- oder ein Absatzmangel zur Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitgebers beitragen. Ist die finanzielle Lage nun dermaßen angespannt, daß keine übertariflichen Zulagengelder mehr gezahlt werden können, fragt sich, ob in diesem Fall die Geschäftsgrundlage weggefallen ist. Als Grund hierfür ist zunächst eine Äquivalenzstörung in Erwägung zu ziehen.

a) Äquivalenzstörung

Eine sogenannte Äquivalenzstörung liegt vor, wenn bei gegenseitigen Verträgen das Gleichwertverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung in einem solchen Maße gestört ist, daß von einer Gegenleistung nicht mehr gesprochen werden kann.⁶⁸⁰ Zu einer Äquivalenzstörung kann aus der Sicht der Arbeitnehmer zum Beispiel die Geldentwertung führen.⁶⁸¹ Ebenso zählt hierzu die Änderung von rechtlichen Rahmenbedingungen.⁶⁸²

Kann der Arbeitgeber aufgrund seiner finanziellen Schwierigkeiten die übertariflichen Zulagengelder seinen Arbeitnehmern nur noch teilweise oder sogar gar nicht mehr ausbezahlen, liegt möglicherweise eine Äquivalenzstörung vor. Da die Arbeitnehmer trotz gleicher Arbeitsleistung einen Teil ihres Lohnanspruches verlieren würden, könnte das Gleichwertverhältnis von Leistung und Gegenleistung gestört sein. Nach allgemeiner Ansicht liegt jedoch keine Äquivalenzstörung und auch kein Wegfall der Geschäftsgrundlage vor, wenn dem Geldschuldner plötzlich das Geld ausgeht. Grundsätzlich befreit Geldmangel den Geldschuldner nicht von seiner Zahlungsverpflichtung.⁶⁸³ Dieser Rechtsgedanke manifestiert sich in der Vorschrift des § 279 BGB, die umgangssprachlich die Verpflichtung des Schuldners beinhaltet: „Geld hat man zu haben“. Der Geldschuldner trägt grundsätzlich das Risiko der Geldbeschaffung; er kann sich nicht darauf berufen, daß er in unerwartete Finanzschwierigkeiten gerät. Bei finanziellen Schwierigkeiten des Arbeitgebers, un-

⁶⁸⁰ Vgl. BAG, AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter I. 2. b) (1) der Gründe; MüKo, BGB, Roth, § 242 Rnn. 518 ff.; Palandt, BGB, Heinrichs, § 242 Rnn. 135 ff.; Hromadka, RdA 1992, S. 234, 258.

⁶⁸¹ Vgl. dazu BGHZ 61, S. 31 ff.; BGH, BB 1977, S. 1101 f.; BAG, AP Nr. 4 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Geldentwertung.

⁶⁸² Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 12 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag.

⁶⁸³ Vgl. z.B. Palandt, BGB, Heinrichs, § 242 Rnn. 140 und 148; Hromadka, RdA 1992, S. 234, 259.

erheblich aus welchen Gründen, scheidet demnach die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage auf der Grundlage einer Äquivalenzstörung aus.

b) Zweckstörung

Möglicherweise liegt bei finanziellen Schwierigkeiten des Arbeitgebers, die übertariflichen Geldzulagen an seine Arbeitnehmer auszubezahlen, aber eine Zweckstörung vor, die unter gewissen Voraussetzungen ebenfalls zum Wegfall der Geschäftsgrundlage führen kann.

Eine Zweckstörung liegt vor, wenn der von den Parteien gemeinsam vorausgesetzte Zweck wegen der Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse nicht mehr erreichbar ist.⁶⁸⁴ Im Fall übertariflicher Geldzulagenzahlungen liegt bei finanziellen Schwierigkeiten des Arbeitgeber eine Zweckstörung allerdings nicht vor. Die übertariflichen Geldzulagen dienen, unabhängig von der finanziellen Lage des Unternehmens, dem Zweck, die übertariflich erbrachten Arbeitsleistungen der Arbeitnehmer zu entlohnern. Daß der Arbeitgeber aufgrund finanzieller Gründe nicht in der Lage ist, die übertariflichen Geldzulagen auszubezahlen, ändert nichts an dem von den Arbeitsvertragsparteien vorausgesetzten Zweck dieser Zulagen.

c) Wirtschaftliche Notlage

Obwohl bei finanziellen Schwierigkeiten des Arbeitgebers weder eine Äquivalenz- noch eine Zweckstörung vorliegt, muß dadurch aber nicht notwendigerweise auch der Wegfall der Geschäftsgrundlage ausgeschlossen werden, denn die Äquivalenz- und Zweckstörung sind nur eine Ausprägung dieses Instituts, und das Institut wiederum ist eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben.⁶⁸⁵ Es gilt dem Umstand Rechnung zu tragen, daß wirtschaftliche Schwierigkeiten des Arbeitgebers mit der Gefährdung von Arbeitsplätzen oder dem Bestand des Unternehmens insgesamt unmittelbar verzahnt sind. Deshalb muß man sich fragen, ob in diesen Fällen des Geldmangels das Geldbeschaffungsrisiko wirklich auf der Arbeitgeberseite anzusiedeln oder aber hier eine Ausnahme dieses Prinzips zu gestatten ist. Der Bundesgerichtshof vertritt den Standpunkt, daß das Risiko der Geldbeschaffung, das grundsätzlich der Geldleistungsschuldner trägt, in den Fällen anders verteilt sein kann, in denen eine enge persönliche Beziehung zwischen den

⁶⁸⁴ So BAG, AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter I. 2. b) (1) der Gründe; Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 91 ff. und 150 ff. Mit Hilfe der Figur der Zweckstörung hat das BAG zum Beispiel Altersversorgungsleistungen an neue rechtliche Rahmenbedingungen angepaßt; vgl. BAG, AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Ablösung.

⁶⁸⁵ Ascheid, in: Hromadka, Änderung, S. 109, 124; Hromadka, RdA 1992, S. 234, 259.

Parteien besteht.⁶⁸⁶ Dazu ist auch das Arbeitsverhältnis zu zählen. Im Gegensatz zu sonstigen Schuldverhältnissen zeichnet sich der Arbeitsvertrag gerade dadurch aus, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam von den Erträgen des Unternehmens leben und daß sie diese Erträge gemeinsam erarbeiten. *Hromadka* bezeichnet diese Leistungs- und Interessengemeinschaft von Arbeitgeber und Arbeitnehmer als gesellschaftsähnliche Schicksalsgemeinschaft, wobei der Arbeitgeber gleichermaßen die Gewinnchancen und das Wirtschaftsrisiko trage.⁶⁸⁷ Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer durch die Zahlung von übertariflichen Geldzulagen um so stärker am Gewinn beteiligen, je eher er sich von diesen Leistungen wieder loslösen kann. Geschäftsgrundlage für die übertariflichen Geldzulagen ist die Ertragskraft des Unternehmens.⁶⁸⁸ Bestehen nun wirtschaftliche Schwierigkeiten des Arbeitgebers, diese zugesagten Leistungen an seine Belegschaft auszubezahlen, fällt die Geschäftsgrundlage weg.

Den Zusammenhang zwischen wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Arbeitgebers und der Gefährdung von Arbeitsplätzen oder des Bestandes des gesamten Unternehmens sah auch das Bundesarbeitsgericht, das vor allem bei der Altersversorgung die Möglichkeit zur Kürzung oder gar zur Einstellung von Versorgungsleistungen bei einer „wirtschaftlicher Notlage“ des Arbeitgebers anerkannte.⁶⁸⁹ So wurde in einer grundlegenden Entscheidung vom 26.4.1988 die Widerruflichkeit einer Versorgungsleistung bei einer wirtschaftlichen Notlage des Arbeitgebers mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage begründet.⁶⁹⁰ Danach kann der Arbeitgeber nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht an seiner Zusage festgehalten werden, wenn aufgrund einer Änderung seiner Verhältnisse seine finanzielle Belastung solche Ausmaße annimmt, daß ihm als Schuldner der Versorgungszusage nicht zugemutet werden kann, seine vertragliche Rechtspflicht zu erfül-

⁶⁸⁶ BGH, NJW-RR 1986, S. 945, 946.

⁶⁸⁷ Hromadka, NZA 1987, Beil. Nr. 3, S. 2, 12; ohne Begründung a.A. Krauß, Widerruf von Arbeitgeberleistungen, S. 218 f.

⁶⁸⁸ Für die Ertragskraft als Geschäftsgrundlage für zugesagte Leistungen ebenso Ascheid, in: Hromadka, Änderung, S. 109, 144; Coester, BB 1984, S. 797, 800 f.; Nikisch, Anm. zu BAG, AP Nr. 51 zu § 611 BGB Gratifikation, Bl. 3, 5.

⁶⁸⁹ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Besitzstand; AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Geschäftsgrundlage; AP Nrn. 2 und 9 zu § 7 BetrAVG; AP Nrn. 16 und 17 zu § 7 BetrAVG Widerruf; AP Nrn. 154, 157, 167 und 175 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

⁶⁹⁰ BAG, AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Geschäftsgrundlage unter II. b) der Gründe.

len.⁶⁹¹ Eine wirtschaftliche Notlage liegt vor, wenn wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten der Bestand des Unternehmens ernsthaft gefährdet ist.⁶⁹²

Im Falle übertariflicher Geldzulagenzahlungen genügen für den Wegfall der Geschäftsgrundlage also nicht nur geringfügige finanzielle Schwierigkeiten des Arbeitgebers, sondern es muß eine wirtschaftliche Notlage gegeben sein, die den Bestand seines Unternehmens ernsthaft gefährdet.

3. Subsidiarität

Der Arbeitgeber kann sich im Fall einer wirtschaftlichen Notlage aber nur dann auf den Wegfall der arbeitsvertraglichen Geschäftsgrundlage berufen, wenn es an einer vertraglichen oder gesetzlichen Regelung fehlt.⁶⁹³

a) Verhältnis zum Individualarbeitsvertrag

Falls der Arbeitsvertrag bereits Regeln für das Fehlen, den Wegfall oder die Veränderung bestehender Umstände enthält, scheidet eine Anpassung unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage aus.⁶⁹⁴ Was nach dem Vertragstext Vertragsinhalt ist, kann nicht Geschäftsgrundlage sein, denn diese gehört nicht zum Inhalt des Vertrages.⁶⁹⁵ Hat sich der Arbeitgeber in den Arbeitsverträgen bereits keinen Widerruf der übertariflichen Geldzulagen vorbehalten, wird er sicherlich auch keine ausdrücklichen Klauseln in die Arbeitsverträge aufgenommen haben, die ihm bei einer wirtschaftlichen Notlage ein Kürzungs- oder Streichungsrecht dieser übertariflichen Gelder einräumen.

Die Ermittlung des Arbeitsvertragsinhaltes und die Bestimmung der hieraus resultierenden Rechtsfolgen kann durch Auslegung gemäß der §§ 133 und 157 BGB erfolgen. Die Grenze zwischen ergänzender Vertragsauslegung und Wegfall der Geschäftsgrundlage ist fließend. Im Einzelfall mag sie sogar offen bleiben können, denn in der Regel werden ergänzende Auslegung und Anpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zum selben Ergebnis

⁶⁹¹ Vgl. BAG, AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Geschäftsgrundlage unter II. a) der Gründe; grundlegend AP Nr. 157 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter III. 1. a) der Gründe.

⁶⁹² Std. Rspr. seit BAG, AP Nr. 4 zu § 242 BGB Ruhegehalt; z.B. BAG, AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Geschäftsgrundlage unter III. der Gründe; vgl. auch die Formulierungen bei der außerordentlichen Änderungskündigung in Teil 3: A. V. 5. b).

⁶⁹³ Siehe hierzu Teil 3: A. VII. 1.

⁶⁹⁴ So BGHZ 81, S. 135, 143; 90, S. 69, 74; BGH, NJW-RR 90, S. 601, 602; MüKo, BGB, Roth, § 242 Rn. 571; Larenz/Wolf, BGB-AT, S. 720 f.; Ulmer, BB 1982, S. 1125, 1130.

⁶⁹⁵ Vgl. BGHZ 90, S. 69, 74; BGH, NJW 1983, S. 2034, 2036.

führen.⁶⁹⁶ In beiden Fällen ändert sich der Vertragsinhalt nach allgemeinem rechtsdogmatischen Verständnis „von selbst“, zum einen durch Auslegung, zum anderen durch Anpassung.⁶⁹⁷

Wank sieht den Hauptunterschied zwischen dem Institut der Geschäftsgrundlage und der ergänzenden Vertragsauslegung vor allem in dem niedrigeren Schwellenwert für eine Änderung durch Vertragsauslegung. Während hier für den einen Vertragsteil schon eine „schwerwiegende Unzuträglichkeit“ ausreiche, müsse beim Wegfall der Geschäftsgrundlage schon ein unzumutbares Opfer gegeben sein.⁶⁹⁸

Mittels der ergänzenden Vertragsauslegung und dem dort eingehenden hypothetischen Parteiwillen der Arbeitsvertragsparteien muß man dem in einer wirtschaftlichen Notlage befindlichen Arbeitgeber ein sofortiges teilweises oder gänztliches Widerrufsrecht der übertariflichen Geldzulagen einräumen, damit dieser die Existenz seines Betriebes und somit auch Arbeitsplätze erhalten kann.⁶⁹⁹ Ein solches Widerrufsrecht ist ihm aber nur dann zu gestatten, wenn er keine anderen finanziellen Möglichkeiten mehr zur Sanierung seines Betriebes hat. Daß der Arbeitgeber mit den hieraus resultierenden Einsparungen die Aufrechterhaltung seines Betriebes, wenn vielleicht auch nur kurzzeitig befristet, erreichen kann, wird sicherlich dem Willen beider Arbeitsvertragsparteien entsprechen. Gegenüber dem sofortigen Kürzungs- oder Streichungsrecht des Arbeitgebers ist eine Anpassung des Vertragsinhaltes über das Rechtsinstiut vom Wegfall der Geschäftsgrundlage subsidiär.

b) Verhältnis zur außerordentlichen Änderungskündigung

Da die tatbestandlichen Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Notlage inhaltsgleich mit denen des dringenden betrieblichen Erfordernisses bei der außerordentlichen (Massen-) Änderungskündigung sind,⁷⁰⁰ die außerordentliche Änderungskündigung aber gesetzlich geregelt ist, (§ 626 BGB in Ver

⁶⁹⁶ Müko, BGB, Roth, § 242 Rn. 572; Palandt, BGB, Heinrichs, § 242 Rn. 116; Hromadka, RdA 1992, S. 234, 260.

⁶⁹⁷ Wobei sich beim Wegfall der Geschäftsgrundlage der Vertragspartner auf diesen Umstand berufen muß.

⁶⁹⁸ Siehe Wank, in: Hromadka, Änderung, S. 35, 46 f.

⁶⁹⁹ Vgl. diesbezüglich unter Teil 3: A. V. 5. b) die Anforderungen bei einer außerordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung.

⁷⁰⁰ Vgl. hierzu Teil 3: A. V. 5. b).

bindung mit § 2 KSchG),⁷⁰¹ gehen diese kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in ihrem Anwendungsbereich vor. Im Fall einer akuten finanziellen Gefahr für den Bestand oder der sofortigen Stilllegung des Betriebes kann der Arbeitgeber also nur eine außerordentliche (Massen-) Änderungskündigung aussprechen.

VIII. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund Allgemeiner Arbeitsbedingungen

Zu prüfen ist, ob der Arbeitgeber die Zahlung arbeitsvertraglich gewährter übertariflicher Geldzulagen auch aufgrund Allgemeiner Arbeitsbedingungen teilweise oder gänzlich einstellen kann. Da Allgemeine Arbeitsbedingungen für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen gelten, sind diese Rechtsinstitute zur Einsparung übertariflicher Zulagengelder für den Arbeitgeber jedoch nur dann praktikabel, wenn er einer Vielzahl oder sogar allen Arbeitnehmern im Betrieb die Geldzulagen durch Einzelarbeitsverträge gewährt. Nur dann ist der Einsatz Allgemeiner Arbeitsbedingungen zum Zweck der Geldeinsparung für den Arbeitgeber lohnend. Außerdem fallen dann diese möglichen Einsparungen nicht nur marginal aus.⁷⁰²

1. Vorbemerkung

Wie bereits am Beispiel der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung verdeutlicht wurde, ist die Gewährung von übertariflichen Geldzulagen durch Allgemeine Arbeitsbedingungen ebenso der individualrechtlichen Ebene zuzuordnen, wie die Gewährung durch Individualarbeitsvertrag.⁷⁰³ Dies ist bedingt durch die generell-konkrete Natur der Zulagengewährung, da diese Maßnahme des Arbeitgebers für eine Vielzahl konkreter Arbeitsverhältnisse gilt.⁷⁰⁴ Im Gegensatz zur „echten“ individuellen Vereinbarung haben Allgemeine Arbeitsbedingungen darüber hinaus einen kollektiven Bezug, weil sie für alle Arbeitnehmer eines Betriebes oder zumindest für abgrenzbare Arbeitnehmergruppen inhaltlich identisch gestaltet sind. Im Fall der übertariflichen Geldzulagengewährung zeigt sich dieser kollektive Bezug darin, daß der Arbeitgeber aufgrund der Vielzahl der Arbeitsverhältnisse, die von der Zulagenregelung betroffen sind, aus Praktikabilitätsgründen für die Verteilung der Gel-

⁷⁰¹ Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Änderungskündigung ist allgemein anerkannt, vgl. z.B. BAG, AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung; AP Nrn. 16 und 20 zu § 2 KSchG 1969; AP Nrn. 19 und 36 zu § 15 KSchG 1969; GK-KR, Rost, § 2 KSchG Rnn. 30 ff. m.w.N.; Löwisch, KSchG, § 2 Rnn. 64 ff.; Schaub, in: Hromadka, Änderung, S. 73, 76 m.w.N.; Gutekunst, DB 1960, S. 815 ff.

⁷⁰² Außer, daß wenige Arbeitnehmer ein exorbitant hohes Gehalt mit dementsprechenden übertariflichen Geldzulagen erhalten.

⁷⁰³ Vgl. Teil 2: D. II. 2.

⁷⁰⁴ Siehe hierzu Teil 2: D. II. 2.

der generell-abstrakte Entlohnungsgrundsätze und Verteilungskriterien aufstellt. Der Unterschied zum Individualarbeitsvertrag hinsichtlich des kollektiven Bezuges ändert allerdings nichts an der Rechtsgrundlage Allgemeiner Arbeitsbedingungen. Die Kennzeichnung als vertragliche Einheitsregelung, Gesamtzusage oder betriebliche Übung besagt nichts über die Rechtsnatur der durch sie begründeten Ansprüche; die Bezeichnung weist nur auf die Besonderheiten bei der Begründung der Ansprüche hin. Wie bereits dargelegt, finden Allgemeine Arbeitsbedingungen als Gestaltungsmittel arbeitsvertraglicher Individualrechte Eingang in den Arbeitsvertrag.⁷⁰⁵ Da die Rechtsgrundlage Allgemeiner Arbeitsbedingungen also der Individualarbeitsvertrag ist, müßte man dem Arbeitgeber als Konsequenz hieraus bei diesen Arbeitsbedingungen somit dieselben rechtlichen teilweisen oder vollständigen Loslösungsmöglichkeiten von der Zulagengewährung einräumen, die ihm auch einzelvertraglich zustehen. Dies würde umgekehrt aber auch bedeuten, daß man dem Arbeitgeber das Recht einräumen müßte, mit Hilfe von Allgemeinen Arbeitsbedingungen die Zahlung von individualvertraglich gewährten übertariflichen Geldzulagen teilweise oder gänzlich einzustellen. Dazu müßte der Arbeitgeber dann die rechtlichen Mittel zur Verfügung haben, die ihm auch einzelvertraglich zustehen. Es gibt im Schrifttum aber Stimmen, welche die Beseitigung oder die Verschlechterung eines einmal durch Allgemeine Arbeitsbedingungen entstandenen Anspruches (insbesondere bei der betrieblichen Übung) nicht von seiner Rechtsgrundlage, sondern von der dogmatischen Konstruktion beim Begründungsakt dieser Arbeitsbedingungen abhängig machen.⁷⁰⁶ Da in der Rechtsprechung und der Rechtslehre hinsichtlich der dogmatischen Begründung Allgemeiner Arbeitsbedingungen weitgehend Uneinigkeit herrscht und unterschiedliche Rechtsmodelle vertreten werden (insbesondere die Gesamtzusage und betriebliche Übung betreffend), könnte die genannte Auffassung dazu führen, daß die Verfechter der jeweiligen Rechtsmodelle zu unterschiedlichen Loslösungsmöglichkeiten von Allgemeinen Arbeitsbedingungen gelangen. Wird zum Beispiel das Entstehen einer betrieblichen Übung mit der „Vertragstheorie“ begründet,⁷⁰⁷ kann ein Arbeitgeber durch die Erklärung eines Widerrufsvorbehaltes die Entstehung einer betrieblichen Übung verhindern.⁷⁰⁸ Legt man dagegen die hier vertretene „Vertrauenshaftungstheorie“ als Geltungsgrund einer betrieblichen Übung zu-

⁷⁰⁵ Std. Rspr. seit BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter B. III. der Gründe; so z.B. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 1. a) der Gründe; ebenso die h.M. in der Lit. vgl. z.B. Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 220; Belling, Günstigkeitsprinzip, S. 129; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 30 f.; Jobs, DB 1986, S. 1120.

⁷⁰⁶ Zumindest bei der betrieblichen Übung, vgl. Lieb, ArbR, S. 21; Falkenberg, DB 1984, S. 875, 880; Richardi, RdA 1983, S. 278, 285 ff.; Wiedemann, Anm. zu BAG, AP Nr. 121 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Bl. 4, 5 f.

⁷⁰⁷ Hierzu ausführlich in Teil 2: A. II. 2. c) bb) (1).

⁷⁰⁸ Vgl. dazu BAG, AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; AP Nr. 1 zu § 3 TVArb Bundespost; AP Nr. 1 zu § 7 AVR Caritasverband; zuletzt ausdrücklich BAG, AP Nr. 137 zu § 611 BGB.

grunde,⁷⁰⁹ wird zum Teil die Wirksamkeit eines erklärten Widerrufsvorbehaltes abgelehnt.⁷¹⁰ Teilweise werden dem Arbeitgeber aber auch erleichterte Widerrufsmöglichkeiten gewährt.⁷¹¹ Andere wollen zwar, wiederum unter strengen Voraussetzungen, aber unterhalb der Schwelle des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, dem Arbeitgeber einen Widerruf ermöglichen;⁷¹² der Arbeitgeber sei allerdings nur solange zur Aufrechterhaltung der betrieblichen Übung verpflichtet, wie in der Zahlungseinstellung kein Verstoß gegen Treu und Glauben zu erblicken sei.⁷¹³ Man sieht also schon beim Widerruf als Beseitigungs- oder Verschlechterungsmöglichkeit der betrieblichen Übung, daß sich diesbezüglich verschiedene rechtliche Konsequenzen ergeben können, die auf die unterschiedlichen dogmatischen Begründungen einer solchen Übung zurückzuführen sind. Dies hätte wiederum für die rechtlichen teilweisen oder gänzlichen Einstellungsmöglichkeiten von einzelvertraglich gewährten übertariflichen Geldzulagen durch Allgemeine Arbeitsbedingungen zur Folge, daß sich auch hier unterschiedliche rechtliche Konsequenzen ergeben könnten.

Zur Vermeidung rechtlicher Probleme dieser Art sollten deswegen die rechtlichen teilweisen oder gänzlichen Loslösungsmöglichkeiten Allgemeiner Arbeitsbedingungen nicht von der dogmatischen Konstruktion des Begründungsaktes dieser Arbeitsbedingungen abhängen. Da als Rechtsgrundlage Allgemeiner Arbeitsbedingungen der Individualarbeitsvertrag angesehen wird, sollten hinsichtlich der Loslösungsmöglichkeiten, wie bereits festgestellt, vielmehr dieselben Bedingungen wie beim Einzelarbeitsvertrag gelten. Diesbezüglich kann und darf kein Unterschied gemacht werden, ob es sich um originäre Vertragsbestandteile oder um Vertragsbestandteile aufgrund Allgemeiner Arbeitsbedingungen handelt.⁷¹⁴

Die Auffassung, der Arbeitgeber könne mit Hilfe Allgemeiner Arbeitsbedingungen die arbeitsvertraglich gewährten übertariflichen Geldzulagen gegenüber den Arbeitnehmern teilweise oder gänzlich widerrufen oder auf diese Weise Aufhebungs- oder Abänderungsverträge zwecks Einsparung der Zulagengelder zustande bringen, hält näherer Betrachtung nicht stand. Hinsichtlich dieser rechtlichen Möglichkeiten, die Zulagenzahlungen teilweise oder vollständig einzustellen, bestehen sowohl theoretische als auch praktische Bedenken. Das liegt zum einen an den unterschiedlichen Erscheinungsformen Allgemeiner Arbeitsbedingungen, zum anderen an der mangelnden Pra-

⁷⁰⁹ Hierzu ausführlich Teil 2: A. II. 2. c) bb) (2).

⁷¹⁰ Florig, Die Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen, S. 128.

⁷¹¹ Vgl. dazu Lieb, ArbR (3. Aufl.), S. 51.

⁷¹² Seiter, Die Betriebsübung, S. 131 ff.; Hromadka, NZA 1984, S. 241, 245 f.

⁷¹³ So ausdrücklich Hromadka, NZA 1984, S. 241, 246.

⁷¹⁴ In diesem Sinne auch Wank, in: Hromadka, Änderung, S. 35, 57.

xistauglichkeit mancher dieser rechtlichen Loslösungsmöglichkeiten. Deswegen werden im folgenden der teilweise- oder vollständige Widerruf der übertariflichen Geldzulagen und der Aufhebungs- und Abänderungsvertrag jeweils gesondert veranschaulicht, und zwar einmal am Beispiel der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung, des weiteren anhand der Gesamtzusage sowie an der betrieblichen Übung.

2. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer arbeitsvertraglichen Einheitsregelung

Wie bereits dargestellt, wird die arbeitsvertragliche Einheitsregelung im Arbeitsrecht als eine betriebseinheitliche Gestaltung von Arbeitsbedingungen durch den Abschluß von inhaltlich übereinstimmenden Einzelverträgen zwischen Arbeitgeber und allen Arbeitnehmern oder bestimmten, nach abstrakten Merkmalen abgrenzbaren Arbeitnehmergruppen, definiert.⁷¹⁵ Dabei kann sich die Übereinstimmung auf den ganzen Arbeitsvertrag, bestimmte Teile oder nur eine einzige Klausel erstrecken.⁷¹⁶

Die typische Erscheinungsform der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung stellt der sogenannte „Formular-Arbeitsvertrag“ dar, der auch als Einheits-, Schema- oder Muster-Arbeitsvertrag bezeichnet wird.⁷¹⁷ Bei dem Formular-Arbeitsvertrag handelt es sich um ein vom Arbeitgeber für künftige Arbeitsvertragsabschlüsse vorbereitetes, einheitliches Vertragsmuster, welches vorformulierte, formularmäßig zusammengefaßte und regelmäßig vom Arbeitgeber einseitig aufgestellte Arbeitsbedingungen enthält.

Der Arbeitgeber, der in Zukunft die arbeitsvertraglich gewährten übertarifliche Zulagengelder seiner Arbeitnehmer teilweise oder gänzlich einsparen will, müßte zur Verwirklichung seines Planes mit den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern „Einheitsabänderungsverträge“ abschließen, die nur noch gekürzte oder sogar überhaupt keine übertariflichen Geldzulagen mehr vorsehen. Verbindet der Arbeitgeber die „Einheitsabänderungsangebote“ für den Fall der Nichtannahme durch die Arbeitnehmer mit einer Drohung in Form einer betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG, so

⁷¹⁵ Zur Definition der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung vgl. BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 3. der Gründe; AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. 4. a) der Gründe; Belling, Günstigkeitsprinzip, S. 128 f.; Buschmann, Ruhegeldordnungen, S. 8; Dreyer, Einheitsregelung, S. 10; Jäckle, Ablösung, S. 15; Neumann-Duesberg, BetrVerfR, S. 397; Söllner, ArbR, S. 201; Hässler, ArbuR 1965, S. 289; G. Hueck, FS für Molitor, S. 203, 207; Löwisch, DB 1983, S. 1709, 1710; siehe auch Teil 2: A. II. 2. a).

⁷¹⁶ Dreyer, Einheitsregelung, S. 10; G. Hueck, FS für Molitor, S. 203, 207, Fn. 15.

⁷¹⁷ Vgl. z.B. Schmid/Trenk-Hinterberger, ArbR, S. 51.

sind diese Angebote stets einer Inhaltskontrolle zu unterziehen.⁷¹⁸ Rechtlich ist der Abschluß von „Einheitsabänderungsverträgen“ zwar denkbar, faktisch wegen der Interessenlage der Arbeitnehmer aber ausgeschlossen, da diese in ihrer Gesamtheit auf die zusätzlichen Gelder freiwillig wohl kaum verzichten werden.⁷¹⁹

Auch „Einheitsaufhebungsverträge“ zwischen dem Arbeitgeber und den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern zum Zwecke einer gänzlichen Einstellung übertariflicher Geldzulagen sind rechtlich zwar möglich, aus der Sicht des Arbeitgebers jedoch erst recht unpraktikabel. Dessen Ziel ist ja gerade nicht die vollständige Aufhebung der betreffenden Arbeitsverhältnisse, sondern nur die Loslösung von der Zulagenzahlung. Außerdem spricht auch hier die Interessenlage der Arbeitnehmer gegen diese Art von Verträgen. Niemand wird sich freiwillig von seinem Arbeitsplatz trennen wollen.

Der arbeitgeberseitige teilweise oder gänzliche (Massen-) Widerruf der Zulagenzahlungen durch eine arbeitsvertragliche Einheitsregelung ist dagegen rechtlich möglich. Der Arbeitgeber kann nämlich den Widerruf durch einen Formularbrief an alle durch die Geldzulagenregelung privilegierten Arbeitnehmer ausüben.

3. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer Gesamtzusage

Unter einer Gesamtzusage versteht man im juristischen Sprachgebrauch eine einseitige Erklärung oder ein einseitiges Versprechen des Arbeitgebers, künftig unter bestimmten Voraussetzungen in einem oder mehreren Punkten günstigere Arbeitsbedingungen, das heißt, zusätzliche Leistungen an alle Arbeitnehmer oder nur an bestimmte, nach abstrakten Merkmalen abgegrenzte Teile der Belegschaft, zu gewähren.⁷²⁰ Gesamtzusagen sind somit insbesondere in dem Bereich der freiwilligen Sozialleistungen anzutreffen. Betriebliche Ruhegelder⁷²¹ oder Gratifikationen⁷²² sind Beispiele hierfür. Die Gesamtzusage erfolgt meist durch Mitteilung in der Betriebsversammlung, Aushang am „schwarzen Brett“,

⁷¹⁸ Zur Inhaltskontrolle von unter diesen Umständen zustande gekommenen Abänderungsverträgen siehe Teil 3: A. II. 3. b) und c) bb) (3) (b).

⁷¹⁹ Außer der Betrieb ist finanziell angeschlagen und die Arbeitnehmer „ziehen mit dem Arbeitgeber an einem Strang“, um betriebsbedingte Kündigungen zu vermeiden.

⁷²⁰ Vgl. BAG, AP Nr. 90 zu § 242 BGB Ruhegehalt vor 1. der Gründe; zum Begriff „Gesamtzusage“ siehe Brox/Rüthers, ArbR, S. 31; Hilger, Ruhegeld, S. 51 ff.; Säcker, Allgemeine Arbeitsbedingungen, S. 109; ders., Gruppenautonomie, S. 117 ff.

⁷²¹ Vgl. hierzu z.B. BAG, AP Nr. 58 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Ablösung; AP Nr. 90 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

⁷²² Vgl. dazu z.B. BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972; AP Nrn. 47 und 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

Auslegung an zentraler Stelle im Betrieb, Publikation in der Werkszeitung, Umlauf einer schriftlichen Mitteilung oder Verteilung hektografierte Zettel.⁷²³

Schon anhand der obigen Definition der Gesamtzusage läßt sich erkennen, daß diese für die arbeitgeberseitige teilweise oder gänzliche Einstellung übertariflicher Geldzulagenzahlungen absolut ungeeignet ist. Die Gesamtzusage stellt nach juristischem Sprachgebrauch immer eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen und damit eine Begünstigung der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber dar. Es kann demnach keine „negativen Gesamtzusagen“ geben. Somit scheidet die Schlechterstellung der Arbeitnehmer durch Einsparung übertariflicher Zulagengelder mit Hilfe von Gesamtzusagen von vornherein aus.⁷²⁴

Das hindert den Arbeitgeber jedoch nicht, beispielsweise durch Aushang am „schwarzen Brett“, den teilweisen oder vollständigen Widerruf der übertariflichen Geldzulagen gegenüber der gesamten oder Teilen der Belegschaft auf diese Weise allgemeinverbindlich bekanntzugeben, sofern ein Widerrufsvorbehalt mit den einzelnen Arbeitnehmern im jeweiligen Arbeitsvertrag vereinbart war.⁷²⁵ Ein solcher Widerruf geht den davon betroffenen Arbeitnehmern zu und ist wirksam (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB), wenn diese in der Lage sind, von dieser Form der betrieblichen Bekanntmachung Kenntnis zu nehmen.⁷²⁶ Der Zugang des arbeitgeberseitigen Widerrufs ist dagegen ausgeschlossen gegenüber Arbeitnehmern, die infolge Erkrankung oder Urlaubs diese Mitteilung nicht wahrnehmen können.⁷²⁷ Diesen Arbeitnehmern ist die Widerrufserklärung gleichwohl spätestens dann zugegangen, wenn sie anhand ihres Lohnstreifens feststellen können, daß - als Rechtsfolge des Widerrufs - ihre übertariflichen Geldzulagen vom Arbeitgeber gekürzt oder gestrichen worden sind.

4. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer betrieblichen Übung

Die betriebliche Übung stellt die dritte Form Allgemeiner Arbeitsbedingungen dar.⁷²⁸ Eine betriebliche Übung liegt tatbestandlich vor, wenn der Arbeitgeber allen Arbeitnehmern (Gemeinübung) oder bestimmten, nach ab-

⁷²³ Säcker, Allgemeine Arbeitsbedingungen, S. 109.

⁷²⁴ Dies läßt sich schon aus dem Begriff „(Gesamt-) Zusage“ herleiten; vgl. auch Säcker, Allgemeine Arbeitsbedingungen, S. 113 ff.

⁷²⁵ Zur Ausübung eines ausdrücklichen Widerrufsvorbehaltes siehe Teil 3: A. III.

⁷²⁶ Vgl. MüKo, BGB, Förchler, § 130 Rn. 22; Soergel, BGB, Hefermehl, § 130 Rn. 14.

⁷²⁷ MüKo, BGB, Förchler, § 130 Rn. 22; Soergel, BGB, Hefermehl, § 130 Rn. 14.

⁷²⁸ Ausführlich hierzu siehe Teil 2: A. II. 2. c).

strakten Merkmalen abgrenzbaren Arbeitnehmergruppen (Gruppenübung), ohne vorherige vertragliche Vereinbarung regelmäßig und vorbehaltlos bestimmte Leistungen gewährt (hat), als nach der bislang im Betrieb gehandhabten rechtlichen Regelung.⁷²⁹ Die betriebliche Übung stellt im Grunde genommen also nichts anderes als eine schlüssig erklärte Gesamtzusage des Arbeitgebers dar, die ebenso wie diese, als generelle Ausübung von Leistungsbestimmungsrechten nach § 315 BGB auf die Einzelarbeitsverhältnisse einwirkt.⁷³⁰ Diese Wesensnähe zur Gesamtzusage stellt klar, daß auch die betriebliche Übung immer die Verbesserung der Arbeitsbedingungen und damit die Begünstigung der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber zum Ziel hat. Ausgehend von dieser Begriffsbestimmung kann es somit eigentlich auch keine „negative betriebliche Übung“ des Arbeitgebers geben,⁷³¹ die diesem die Möglichkeit zur teilweisen oder gänzlichen Zahlungseinstellung übertariflicher Geldzulagen gibt.

Der 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts räumt dem Arbeitgeber dagegen in einem neueren Urteil vom 26.3.1997 ausdrücklich die Möglichkeit ein, eine dem einzelnen Arbeitnehmer nachteilige, der bisherigen Übung entgegenlaufende, neue betriebliche Übung einzuführen.⁷³² Dieses Urteil gab auch für einen Teil der Rechtslehre Anlaß, sich mit der Thematik der „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung etwas eingehender auseinanderzusetzen.⁷³³ Darauf ist im folgenden näher einzugehen.

a) Die Ansicht des Bundesarbeitsgerichts

Das Bundesarbeitsgericht hat in der Vergangenheit schon mehrfach die Möglichkeit überprüft, ob der Arbeitgeber die aufgrund einer betrieblichen Übung erlangten arbeitsvertraglichen Ansprüche der Arbeitnehmer auf Sozialleistungen mittels „stillschweigender“ Abänderung der betrieblichen Übung wieder teilweise oder gänzlich beseitigen kann, dies im Ergebnis aber

⁷²⁹ Vgl. BAG, AP Nr. 27 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 3. a) der Gründe; AP Nr. 46 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 1. a) der Gründe; AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 53 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 1. a) der Gründe; AP Nr. 64 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 2. b) aa) der Gründe; Säcker, Gruppenautonomie, S. 117 und ausführlich zur betrieblichen Übung, S. 464 ff.; Hermann, ZfA 1989, S. 577, 601; Hromadka, NZA 1984, S. 241, 243.

⁷³⁰ Siehe Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 36, Fußn. 2.

⁷³¹ So auch Dörner/Luczak/Wildschütz, Arbeitsrecht in der anwaltlichen und gerichtlichen Praxis, A. Rn. 418.

⁷³² BAG, AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

⁷³³ Kettler, NJW 1998, S. 435 ff.; Speiger, NZA 1998, S. 510 ff.; Tappe/Koplin, DB 1998, S. 2114 ff.; schon vor dem Urteil des BAG (BAG, AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung) jedoch bereits Peterek (Peterek, FS für D. Gaul I, S. 184, 192); Wiedemann, Anm. zu BAG, AP Nr. 8 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, Bl. 3 ff.

jeweils verneint.⁷³⁴ Nunmehr erachtet der 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts in seinem Urteil vom 26.3.1997 im Zusammenhang mit übertariflichen Geldzulagen eine solche Abänderung durch die Einführung des Rechtsinstituts der „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung erstmals für zulässig.⁷³⁵

Der Senatsentscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, daß ein Arbeitgeber an seine Arbeitnehmer ohne irgendwelche schriftliche Erklärungen mehr als drei Jahre lang (seit 1961) eine Weihnachtsgratifikation vorbehaltlos gewährt hatte. Dann hat der Arbeitgeber dieser Sonderzahlung im Jahre 1978 jedoch einen schriftlichen Widerrufsvorbehalt durch eine entsprechende, im Betrieb ausgehängte, Erklärung hinzugefügt. Die Arbeitnehmer haben in der Folgezeit die Weihnachtsgratifikation trotz dieses Vorbehaltes mehr als dreimal (bis 1992) widerspruchslos angenommen.⁷³⁶ Nach Ansicht des 10. Senats haben die Arbeitnehmer durch dieses Verhalten bei dem Arbeitgeber einen Vertrauensstatbestand dahingehend geschaffen, daß sie mit der Änderung der Regelungen über die Weihnachtsgratifikation einverstanden seien, so daß die geänderte betriebliche Übung jetzt auch stillschweigend Bestandteil des Arbeitsvertrages der Parteien geworden sei.⁷³⁷ Dies deshalb, weil der Arbeitgeber darauf hätte vertrauen können, daß der Arbeitnehmer der Änderung widersprochen hätte, wenn er mit dieser nicht einverstanden gewesen wäre.⁷³⁸ Durch die abändernde betriebliche Übung - Leistungen nur noch unter Freiwilligkeitsvorbehalt - sei die bisherige vorbehaltlose betriebliche Übung abgelöst worden,⁷³⁹ so daß der Arbeitgeber berechtigt sei, die bislang gewährte Weihnachtsgratifikation an bestimmte Arbeitnehmer nicht mehr zu zahlen.⁷⁴⁰

b) Die Ansicht der Rechtslehre

Schon vor dem grundlegenden Urteil des Bundesarbeitsgerichts haben sich vereinzelt Vertreter der Rechtslehre mit der Ablösung einer einmal begründeten betrieblichen Übung durch eine „entgegengesetzte“⁷⁴¹ betriebliche

⁷³⁴ Vgl. hierzu BAG, AP Nrn. 8, 10 und 47 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

⁷³⁵ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

⁷³⁶ Zur Rechtsqualität des schlüssigen Verhaltens „Schweigen“ als Willenserklärung im Sinne der „Vertragstheorie“ siehe Teil 2: A. II. 2. c) bb) (1).

⁷³⁷ So BAG, AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 3. b) der Gründe.

⁷³⁸ Siehe BAG, AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 3. b) der Gründe.

⁷³⁹ Vgl. BAG, AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 3. b) der Gründe.

⁷⁴⁰ Siehe BAG, AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 4. der Gründe.

⁷⁴¹ Teilweise verwenden diejenigen Autoren im Schrifttum, die sich mit dem Urteil des BAG vom 26.3.1997 zur „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung auseinandergesetzt haben, bezüglich dieses Rechtsinstituts auch die Terminologie „negative“ betriebliche Übung (so Tappe/Koplin, DB 1998, S. 2114 ff.) oder „umgekehrte“ betriebliche Übung (so Kettler, NJW 1998, S. 435 ff.); im folgenden wird der Übersicht halber nur der Begriff „entgegengesetzte“ betriebliche Übung verwendet.

Übung befaßt.⁷⁴² Im Zusammenhang mit Sozialleistungen (auch übertariflicher Geldzulagen) vertritt *Peterek* schon seit längerem (1987) die Ansicht, daß in dem speziellen Fall, in dem die einzelvertraglichen Leistungsansprüche der Arbeitnehmer aufgrund einer betrieblichen Übung erlangt wurden, die Ansprüche wieder durch eine, dem bisherigen Zustand „entgegengesetzte“ betriebliche Übung, beseitigt werden können.⁷⁴³ *Peterek* setzt hierfür allerdings voraus, daß der Arbeitgeber betrieblich bekannt macht, er werde die Sozialleistung nicht mehr erbringen und diese sodann auch umgehend einstellt. Gegebenenfalls könne dies auch durch konkludentes Handeln des Arbeitgebers geschehen. Außerdem müßten die betroffenen Arbeitnehmer widerspruchsfrei auf Dauer ihre bisherigen Arbeits-, Leistungspflichten und Verhaltensweisen fortsetzen, so daß daraus eine entgegengesetzte betriebliche Übung abgeleitet werden könne. Aus der widerspruchsfreien Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei eine stillschweigende Zustimmung zur Änderung zu entnehmen, vor allem dann, wenn es sich um laufende Leistungen handle, die zum Beispiel aus der Lohnabrechnung ersichtlich wären.⁷⁴⁴ Die dogmatische Fundierung *Petereks* von der „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung ist nahezu identisch mit der späteren des 10. Senats des Bundesarbeitsgerichts.

Wiedemann, der sich noch früher als *Peterek* mit der Materie der „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung auseinandergesetzt hat (1968), lehnt im Zusammenhang mit dem Abbau eines durch betriebliche Übung erlangten „Gnadenhaltes“ in einer kritischen Anmerkung zu einer diesbezüglichen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts dagegen die Zulässigkeit eines solchen Rechtsinstitutes ab.⁷⁴⁵ Er hält die Tatbestandsvoraussetzungen der betrieblichen Übung bei der Anspruchsentstehung nicht für vergleichbar mit denen bei der Anspruchsbefreiung. Demzufolge wertet er das Vertrauen eines Arbeitnehmers auf den Bestand einer ihm günstigen Betriebsordnung wesentlich gewichtiger als das eines Arbeitgebers auf den Bestand einer „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung.⁷⁴⁶

Trotz des richtungsweisenden Urteils des 10. Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 26.3.1997 haben in jüngster Zeit nur vereinzelt Vertreter der Rechtslehre die Zulässigkeit des Rechtsinstitutes der „entgegengesetzten“

⁷⁴² *Peterek*, FS für D. Gaul I, S. 184, 192; *Wiedemann*, Anm. zu BAG, AP Nr. 8 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, Bl. 3 ff.

⁷⁴³ *Peterek*, FS für D. Gaul I, S. 184, 192; ebenso BAG, AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. der Gründe; vgl. auch BAG, AP Nr. 47 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

⁷⁴⁴ Vgl. *Peterek*, FS für D. Gaul I, S. 184, 192 f.

⁷⁴⁵ *Wiedemann*, Anm. zu BAG, AP Nr. 8 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, Bl. 3, 4.

⁷⁴⁶ Vgl. *Wiedemann*, Anm. zu BAG, AP Nr. 8 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, Bl. 3, 4.

betrieblichen Übung untersucht.⁷⁴⁷ Die diesbezüglich (noch) geringe Resonanz in der Literatur ist wohl darauf zurückzuführen, daß sich die Entscheidung des 10. Senats nicht als Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung, sondern vielmehr als deren konsequente Fortentwicklung darstellt. Diejenigen Autoren, die sich der Thematik der „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung gewidmet haben, stehen einem solchen Rechtsinstitut - außer *Peterek* - mit Skepsis gegenüber.

So bezweifelt *Speiger* im Zusammenhang mit der Reduzierung von Gratifikationsleistungen durch eine betriebliche Übung schon die vom Bundesarbeitsgericht gewählte Vertragstheorie als dogmatische Grundlage für dessen Entscheidung vom 26.3.1997. Er ist, ähnlich wie *Wiedemann*, der Auffassung, daß die vom Bundesarbeitsgericht den Entstehungsvoraussetzungen nahezu spiegelbildlich gegenübergestellten Reduzierungsvoraussetzungen noch nicht das Vorliegen zweier sich inhaltlich deckender Willenserklärungen allein begründen würden.⁷⁴⁸ Gegen die Zulässigkeit einer entgegengesetzten betrieblichen Übung spreche seiner Meinung nach auch ihre rechtlichen Auswirkungen auf die Fälle, in denen der Arbeitgeber nach Entstehung des Anspruches auf Gratifikationsleistungen diesen Anspruch in drei aufeinanderfolgenden Jahren reduziert oder überhaupt nicht erfüllt und die davon betroffenen einzelnen Arbeitnehmer erst im vierten Jahr dagegen widersprechen oder klagen. Nach der Rechtsprechung des 10. Senats könnte der Arbeitgeber durch die dreimalige Nichterfüllung seiner Verpflichtung zur Zahlung dieser Zulagen für die Zukunft entgehen. Er könnte also durch vertragswidriges Verhalten den Inhalt des jeweiligen Arbeitsvertrages zum Nachteil der Arbeitnehmer abändern.⁷⁴⁹ Solche ungewollten Rechtsfolgen gilt es nach der Auffassung *Speigers* jedoch zu vermeiden. Dieser hält für die Reduzierung von Gratifikationsleistungen die Rechtsinstrumentarien der Änderungskündigung gemäß § 2 KSchG und des Änderungsvertrages „im üblichen Sinne“ für vollkommen ausreichend.⁷⁵⁰

Kettler lehnt zumindest in dem vom 10. Senat des Bundesarbeitsgerichts zu entscheidenden Fall die vom Senat für zulässig gehaltene „entgegengesetzte“ betriebliche Übung ab.⁷⁵¹ Er begründet im Zusammenhang mit dessen Urteil seine ablehnende Auffassung gegen ein solches Rechtsinstitut einerseits damit, daß die „entgegengesetzte“ betriebliche Übung den vom Bundesarbeitsgericht selbst aufgestellten Voraussetzungen der betrieblichen Übung nicht

⁷⁴⁷ Vgl. *Kettler*, NJW 1998, S. 435 ff; *Speiger*, NZA 1998, S. 510 ff.; *Tappe/Koplin*, DB 1998, S. 2114 ff.

⁷⁴⁸ Siehe *Speiger*, NZA 1998, S. 510, 511 f.

⁷⁴⁹ So *Speiger*, NZA 1998, S. 510, 512.

⁷⁵⁰ So *Speiger*, NZA 1998, S. 510, 512.

⁷⁵¹ *Kettler*, NJW 1998, S. 435 ff.

gerecht werde, andererseits, daß sie zu Unsicherheiten in der Praxis führe. So ist *Kettler* der Meinung, daß das Bundesarbeitsgericht dem Schweigen des Arbeitnehmers einen Erklärungswert zumesse, den dieses überhaupt nicht habe.⁷⁵² Der Arbeitgeber hätte das Schweigen des Arbeitnehmers nur dann als Zustimmung zur Vertragsänderung werten dürfen, wenn er darauf hätte vertrauen können, daß der Arbeitnehmer seinerseits das Verhalten des Arbeitgebers überhaupt als ein solches Angebot hätte verstehen dürfen. In dem der Entscheidung des 10. Senats zugrunde liegenden Sachverhalt sei dies aber gerade nicht der Fall gewesen. Hier habe der Arbeitgeber angekündigt, von einem Widerrufsvorbehalt Gebrauch machen zu wollen, obwohl ihm ein Widerrufsrecht gar nicht zustand. Demzufolge hätte der Arbeitnehmer die Ankündigung des Arbeitgebers den Widerruf geltend zu machen, nach Treu und Glauben nicht als Angebot zu einer dementsprechenden Vertragsänderung ansehen müssen.⁷⁵³ Der Arbeitgeber hätte also nicht darauf vertrauen dürfen, daß der Arbeitnehmer sofort - also noch vor der Durchführung der angekündigten Änderung - widerspreche, wenn er mit dieser nicht einverstanden sei. *Kettler* versteht die aus der Sichtweise des Bundesarbeitsgerichts hierzu gegensätzliche Auslegung des Schweigens als Willenserklärung als dogmatische Abkehr von dessen bisherigen Auslegung, wo das Schweigen des Arbeitnehmers zum Änderungsangebot des Arbeitgebers den Tatbestand einer Willenserklärung nur erfüllte, wenn der Arbeitnehmer von der Änderung unmittelbar und sogleich betroffen war.⁷⁵⁴ In dem vom 10. Senat zu entscheidenden Fall sei der Arbeitnehmer - jedenfalls aus der Sicht *Kettlers* - jedoch erst mit der Einstellung der Zahlung, nicht bereits mit der Ankündigung Jahre vorher unmittelbar und sogleich betroffen. Demzufolge qualifiziert *Kettler* im gegebenen Fall das Schweigen des Arbeitnehmers nicht als Willenserklärung und damit als Annahme des vom Arbeitgeber in die bestehende betriebliche Übung eingefügten Freiwilligkeitsvorbehaltes.⁷⁵⁵

Kettler lehnt die Zulässigkeit einer „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung in dem der Entscheidung des 10. Senats zugrunde liegenden Fall auch unter dem Blickwinkel kündigungsschutzrechtlicher Aspekte ab. So meint er, daß der Arbeitgeber bei einer frühzeitigen und wiederholten Ankündigung eines - unter Umständen rechtswidrigen - Abbaus seiner Leistungen möglicherweise die Rechtmäßigkeitsprüfung einer dafür eigentlich notwendigen Änderungskündigung im Sinne der §§ 2 S. 1 und 1 Abs. 2 S. 1 bis 3 KSchG umge

⁷⁵² Siehe *Kettler*, NJW 1998, S. 435, 437.

⁷⁵³ Vgl. *Kettler*, NJW 1998, S. 435, 437.

⁷⁵⁴ Std. Rspr. des BAG, siehe hierzu z.B. BAG, AP Nr. 16 zu § 2 KSchG 1969, AP Nr. 47 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

⁷⁵⁵ Vgl. *Kettler*, NJW 1998, S. 435, 437.

hen könne.⁷⁵⁶ Dieses Arbeitgeberverhalten würde sich gerade bei erfolglos scheinenden Änderungskündigungen anbieten.

Kettler hält die Annahme einer „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung dagegen dann für nachvollziehbar und im Rahmen der bisherigen Rechtsprechung stehend, sobald der Arbeitnehmer dreimal einer tatsächlich ausbleibenden Zahlung nicht widersprochen hätte.⁷⁵⁷ Hier liege eine unmittelbare Betroffenheit des Arbeitnehmers vor. Dieser sei auch nicht mehr schutzwürdig, da er sich auf die tatsächlich geänderte Situation hätte einstellen können. *Kettler* mißt dessen Schweigen also einen zustimmenden Erklärungsinhalt zu.⁷⁵⁸

In praktischer Hinsicht zieht *Kettler* aus der jüngsten Rechtsprechung zur „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung für den einzelnen Arbeitnehmer die Konsequenz, daß diesem angeraten werden müsse, der Änderungsankündigung des Arbeitgebers nicht nur einmal zu widersprechen, sondern am besten in jedem dritten Jahr. Nur durch eine solche Zurückweisung des Änderungsangebotes könne der Arbeitnehmer verhindern, daß bei wiederholten Änderungsankündigungen des Arbeitgebers sein Schweigen als Zustimmung aufgefaßt werde.⁷⁵⁹

Tappe/Koplin schließlich halten die Argumentation des 10. Senats, daß dem Schweigen des Arbeitnehmers auf das dreimalige Ankündigen des Freiwilligkeitsvorbehaltes seitens des Arbeitgebers ein Erklärungswert zukomme, zwar für bedenklich, weil für den Arbeitnehmer einerseits die „traditionelle“ betriebliche Übung günstige Rechtswirkungen habe, andererseits aber die „negative“ betriebliche Übung zu einer Verschlechterung seiner Vertragsbedingungen führe.⁷⁶⁰ Sie schließen sich im Ergebnis aber trotzdem dieser Rechtsprechung an, wobei sie das dreimalige Schweigen des einzelnen Arbeitnehmers bei der jedesmal unter Freiwilligkeitsvorbehalt stehenden Auszahlung der Weihnachtsgratifikation unter Heranziehung der Grundsätze von Treu und Glauben und der Verkehrssitte durch Auslegung jeweils als zustimmende Willenserklärung (vergleiche §§ 133 und 157 BGB) ansehen.⁷⁶¹ *Tappe/Koplin* stützen das Zustandekommen einer „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung auch auf die Verletzung einer Widerspruchsobliegenheit

⁷⁵⁶ So *Kettler*, NJW 1998, S. 435, 437.

⁷⁵⁷ So *Kettler*, NJW 1998, S. 435, 437.

⁷⁵⁸ *Kettler*, NJW 1998, S. 435, 437.

⁷⁵⁹ Vgl. *Kettler*, NJW 1998, S. 435, 437.

⁷⁶⁰ Siehe *Tappe/Koplin*, DB 1998, S. 2114, 2116; ebenso auch *Kettler*, NJW 1998, S. 435, 436.

⁷⁶¹ Vgl. *Tappe/Koplin*, DB 1998, S. 2114, 2116 f.; eine solche Verkehrssitte lehnt *Kettler* (*Kettler*, NJW 1998, S. 435, 437) jedoch ab.

des einzelnen Arbeitnehmers.⁷⁶² Sie leiten aus dem Treue und Fürsorgeverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, das eine Folge unterschiedlicher Handlungs- und Unterlassungspflichten für beide Arbeitsvertragsparteien nach sich ziehe,⁷⁶³ ab, daß den einzelnen Arbeitnehmer die Pflicht treffe, dem Änderungsangebot des Arbeitgebers zu widersprechen, wenn er diesem nicht zustimmen wollte. Schweige in einem solchen Fall der Arbeitnehmer, obwohl von ihm nach Treu und Glauben im Fall der Ablehnung eine ausdrückliche Erklärung hätte erwartet werden können, bringe er zum Ausdruck, daß er eine bestimmte Rechtsfolge gelten lassen wolle.⁷⁶⁴ Der Arbeitgeber dürfe sich demnach darauf verlassen, daß ein solches Schweigen nur die Bedeutung einer Willenserklärung haben könne.⁷⁶⁵ Sofern der einzelne Arbeitnehmer auf das dreimalige Änderungsangebot des Arbeitgebers hinsichtlich der Verschlechterung der Arbeitsbedingungen schweigt und so eine „entgegengesetzte“ betriebliche Übung zustande kommt, wollen *Tappe/Koplin* den davon betroffenen Arbeitnehmern jeweils, sofern sie mit ihrem Schweigen etwas anderes ausdrücken wollten, als mit der verschlechternden Vertragsänderung einverstanden zu sein, ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 1 BGB wegen Erklärungsirrtums einräumen.⁷⁶⁶

Tappe/Koplin sind der Überzeugung, die aus dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 26.3.1997 resultierende Zulässigkeit einer „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung bringe dem Arbeitgeber in der arbeitsrechtlichen Praxis nur Vorteile, wenn dieser nachträglich sämtliche in seinem Betrieb existierenden betrieblichen Übungen mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt versehe.⁷⁶⁷ Würden die von den betrieblichen Übungen betroffenen Arbeitnehmer daraufhin nämlich stillschweigend weiterarbeiten und nicht diesen Widerrufsvorbehalten widersprechen, könne sich der Arbeitgeber gleichermaßen „unbemerkt“ und „elegant“ von den bis dahin in seinem Betrieb entstandenen Ansprüchen aus betrieblicher Übung lösen.⁷⁶⁸ Um dies jedoch zu verhindern, empfehlen *Tappe/Koplin* den einzelnen Arbeitnehmern, jeweils dem der betrieblichen Übung nachträglich hinzugefügten Freiwilligkeitsvorbehalt des Arbeitgebers zu widersprechen. Nur so könne sich der einzelne Arbeitnehmer seinen Anspruch aus der betrieblichen Übung erhalten. Im Fall eines Widerspruches stünde der Arbeitgeber allerdings nicht schlechter da als zuvor.⁷⁶⁹

⁷⁶² So *Tappe/Koplin*, DB 1998, S. 2114, 2117.

⁷⁶³ Vgl. hierzu MünchArbR-Bd. 1, Blomeyer, § 49 Rnn. 19 ff.

⁷⁶⁴ So *Tappe/Koplin*, DB 1998, S. 2114, 2117.

⁷⁶⁵ Vgl. *Tappe/Koplin*, DB 1998, S. 2114, 2117.

⁷⁶⁶ Siehe hierzu *Tappe/Koplin*, DB 1998, S. 2114, 2117.

⁷⁶⁷ So *Tappe/Koplin*, DB 1998, S. 2114, 2117 f.

⁷⁶⁸ Vgl. *Tappe/Koplin*, DB 1998, S. 2114, 2117.

⁷⁶⁹ *Tappe/Koplin*, DB 1998, S. 2114, 2117.

c) **Stellungnahme**

Die Zulässigkeit einer „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung ist aus mehreren Gründen abzulehnen.

Sowohl die betriebliche Übung als auch die ihr wesensnahe Gesamtzusage, stellen, wie erörtert, nach juristischem Sprachgebrauch immer eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen und damit eine Begünstigung der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber dar.⁷⁷⁰ Demzufolge kann es bereits wegen der Definition der betrieblichen Übung weder „entgegengesetzte“ oder „negative“ betriebliche Übungen noch „negative“ Gesamtzusagen geben, durch die der Arbeitgeber seine Belegschaft „schlechter“ stellen könnte, da ansonsten das Rechtsinstitut der betrieblichen Übung in sein Gegenteil verkehrt würde. Die Unzulässigkeit einer „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung ergibt sich somit schon aus der Begriffsbestimmung der betrieblichen Übung. Ferner ist in diesem Zusammenhang zu bedenken - sofern man eine entgegengesetzte betriebliche Übung für zulässig hält - daß der Arbeitgeber im Bereich der Sozialleistungen (also auch übertariflicher Geldzulagen) mittels eines solchen Rechtsinstitutes auch solche Leistungen reduzieren oder vollständig abbauen könnte, die gar nicht durch betriebliche Übung entstanden sind.⁷⁷¹

Desweiteren ist die in ständiger Rechtsprechung vom Bundesarbeitsgericht und von einigen Vertretern der Rechtslehre für die dogmatische Begründung der betrieblichen Übung beziehungsweise der „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung herangezogene „Vertragstheorie“ abzulehnen.⁷⁷² Die einzelvertraglichen Ansprüche der Arbeitnehmer aus einer betrieblichen Übung bezüglich übertariflicher Geldzulagen können nicht mit vertraglichen Elementen begründet werden; umgekehrt müssen diese Grundsätze dann aber auch für eine „entgegengesetzte“ betriebliche Übung gelten.⁷⁷³ Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber - wie im Sachverhalt der vorgenannten Entscheidung des 10. Senats des Bundesarbeitsgerichts - durch eine betriebliche Übung zunächst nur einen Widerrufsvorbehalt einführen will, um dann unter Berufung auf diesen die übertariflichen Geldzulagen (Weihnachtsgratifikation) teilweise oder gänzlich zu streichen.

Unabhängig von der unzutreffenden dogmatischen Fundierung der betrieblichen Übung beziehungsweise der „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung mit der „Vertragstheorie“, stellt die aus dem Urteil des 10. Senats zu entneh-

⁷⁷⁰ Für die Wesensnähe von Gesamtzusage und betrieblicher Übung sprechen sich auch Hilger (Hilger, Ruhegeld, S. 56) und Söllner (Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 36, Fn. 2) aus.

⁷⁷¹ So Speiger, NZA 1998, S. 510, 512.

⁷⁷² Die Begründung hierfür siehe in Teil 2: A. II. 2. c) bb) (3).

⁷⁷³ Zur „Vertragstheorie“ und zu den Gründen ihrer Ablehnung siehe Teil 2: A. II. 2. c) bb) (1) und (3).

mende Grundaussage, daß durch eine (unter Schweigen des Arbeitnehmers zustande gekommene) betriebliche Übung vertragliche Ansprüche entstehen und ebenso wieder entfallen können, einen Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in Bezug auf die Auslegungsgrundsätze von Willenserklärungen dar.⁷⁷⁴ Wie im folgenden aufgezeigt wird, hat der 10. Senat in dieser Entscheidung bei der Begründung der „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung die Anforderungen an den Erklärungswert des „Schweigens“ in rechtlich nicht nachvollziehbarer Weise deutlich gesenkt.

Bislang hatte das Bundesarbeitsgericht an den Erklärungswert des arbeitnehmerseitigen Schweigens auf ein die Arbeitsbedingungen verschlechterndes Abänderungsangebot des Arbeitgebers stets strenge Anforderungen gestellt. Ein solches Schweigen sei nicht grundsätzlich als Zustimmung zu werten. Es erfülle nur dann den Tatbestand einer Willenserklärung, wenn sich die Vertragsänderung unmittelbar im Vertragsverhältnis auswirke und der Arbeitnehmer deshalb umgehend feststellen könne, welchen Einfluß die Änderung auf seine Rechte und Pflichten habe. Dagegen fehle eine stillschweigende Annahmeerklärung, solange die Folge der Änderung noch gar nicht hervortrete.⁷⁷⁵ Folgerichtig hat der 10. Senat in seinem Urteil vom 26.3.1997 die arbeitnehmerseitige widerspruchslöse Hinnahme der vom Arbeitgeber 1978 erstmalig mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt versehenen Weihnachtsgratifikation nicht als Annahme dieser Sonderzahlung unter Freiwilligkeitsvorbehalt angesehen. Der einzelne Arbeitnehmer sei durch die nachteilige Änderung der Arbeitsbedingungen - Gratifikationszahlung nur noch unter Freiwilligkeitsvorbehalt - nicht ‚sogleich betroffen‘ gewesen, da der Arbeitgeber ihm im Jahre 1978 das volle Weihnachtsgeld zahlte.⁷⁷⁶ Wenn der 10. Senat jedoch in den sich nach 1978 jährlich anschließenden widerspruchslösen Hinnahmen der jeweils unter Freiwilligkeitsvorbehalt ausgezahlten Weihnachtsgratifikationen aufgrund der Häufigkeit der so geänderten Handhabung dieser Sonderauszahlung den Tatbestand einer „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung als erfüllt ansieht, so unterliegt er hierbei mehreren rechtlichen Trugschlüssen. Auch in den Folgejahren nach 1978 wird der einzelne Arbeitnehmer nicht von dem Freiwilligkeitsvorbehalt, den der Arbeitgeber der bestehenden betrieblichen Übung der Weihnachtsgratifikationszahlung einseitig hinzugefügt hat, unmittelbar und sogleich betroffen. *Kettler* sieht zu Recht eine unmittelbare Betroffenheit des Arbeitnehmers erst dann, wenn der Arbeitgeber tatsächlich diese Sonderzahlungen einstellt.⁷⁷⁷ Erst die stillschweigende, widerspruchslöse Hinnahme der Zahlungseinstellung seitens des einzelnen Arbeitnehmers hat den Erklärungswert der

⁷⁷⁴ A.A. jedoch Tappe/Koplin (Tappe/Koplin, DB 1998, S. 2114), welche die Entscheidung des 10. Senats des BAG für eine konsequente Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung halten.

⁷⁷⁵ Vgl. sinngem. hierzu z.B. BAG, AP Nrn. 2 und 4 zu § 305 BGB; AP Nr. 16 zu § 2 KSchG 1969; AP Nr. 101 zu § 242 BGB Ruhegehalt; AP Nr. 47 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

⁷⁷⁶ So BAG, AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung unter II. 3. a) der Gründe.

⁷⁷⁷ So Kettler, NJW 1998, S. 435, 437.

Annahme eines arbeitgeberseitigen Abänderungsangebotes. Demnach konnte, genau betrachtet, der Freiwilligkeitsvorbehalt des Arbeitgebers im Wege eines Abänderungsvertrages überhaupt nicht Bestandteil der bestehenden betrieblichen Übung und damit zum Vertragsinhalt werden, ganz gleich wieviel Jahre lang der einzelne Arbeitnehmer das unter diesem Vorbehalt stehende Weihnachtsgeld stillschweigend angenommen hat.⁷⁷⁸ Wenn der 10. Senat in den regelmäßigen, widerspruchslösen Entgegennahmen (in den Jahren 1978 bis 1992) der Gratifikationszahlungen trotzdem eine „entgegengesetzte“ betriebliche Übung sieht, so verläßt er hinsichtlich des Erklärungswertes dieses Schweigens den Boden der Vertragstheorie. Der Senat versucht vielmehr über das dogmatische „Allheilmittel“ des § 242 BGB dem Arbeitgeber ein schützenswertes Vertrauen zuzusprechen, wodurch dieser das mindestens dreimalige Schweigen des einzelnen Arbeitnehmers auf den Freiwilligkeitsvorbehalt als Zustimmung zur Einführung einer neuen „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung auffassen durfte.

Aber selbst wenn man dem Arbeitgeber aus der Sicht des Empfängershorizontes ein solches schutzwürdiges Vertrauen einräumen sollte, fehlte es für die rechtliche Qualifizierung des arbeitnehmerseitigen Schweigens als Willenserklärung und folglich der Annahme des Freiwilligkeitsvorbehaltes trotzdem an der grundlegenden Voraussetzung der sofortigen und unmittelbaren Betroffenheit des Arbeitnehmers. Dieses Manko kann vom 10. Senat auch nicht durch die Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben beseitigt werden. Außerdem ist es fragwürdig, ob der Arbeitgeber im gegebenen Fall schlechthin schützenswert gewesen ist. Schließlich kündigte er eine Leistungseinschränkung der Weihnachtsgratifikation am „schwarzen Brett“ lediglich in Form einer Bekanntmachung nur an. Es ist zu bezweifeln, daß der Arbeitgeber wirklich darauf vertrauen durfte, der einzelne Arbeitnehmer werde sofort - also noch vor der Durchführung der angekündigten Änderung - widersprechen, wenn er mit dieser nicht einverstanden ist. Zudem ist es rein hypothetisch, ob der einzelne, von der betrieblichen Übung der Weihnachtsgratifikationszahlung betroffene Arbeitnehmer, den in dieser Art und Weise nachträglich hinzugefügten Freiwilligkeitsvorbehalt des Arbeitgebers überhaupt als ein Angebot zwecks Änderung dieser betrieblichen Übung verstehen konnte.⁷⁷⁹ Insofern ist auch *Tappe/Koplin* nicht zu folgen, die ebenso wie das Bundesarbeitsgericht, dem Schweigen des einzelnen Arbeitnehmers auf den jährlich wiederholt angekündigten Freiwilligkeitsvorbehalt des Arbeitgebers nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und der Verkehrssitte

⁷⁷⁸ So im Ergebnis auch Kettler, NJW 1998, S. 435, 437.

⁷⁷⁹ In diesen Sinne auch Kettler, NJW 1998, S. 435, 437.

den Erklärungswert einer Zustimmung zumessen. Ein solcher Erklärungswert kann auch nicht, wie von *Tappe/Koplin* vertreten, aus der möglichen Verletzung einer Widerspruchsobliegenheit hergeleitet werden. Der einzelne Arbeitnehmer konnte zwar möglicherweise den der betrieblichen Übung jährlich hinzugefügten Freiwilligkeitsvorbehalt des Arbeitgebers als Änderungsangebot erkennen, gleichwohl hatte er in diesem Fall nicht die Pflicht, diesem Vorbehalt ausdrücklich zu widersprechen, da selbst seinem Schweigen hierauf wegen der fehlenden sofortigen und unmittelbaren Betroffenheit kein Erklärungswert zugekommen wäre. Demzufolge konnte und durfte sich der Arbeitgeber nicht darauf verlassen, daß das Schweigen des einzelnen Arbeitnehmers bei der jährlichen Auszahlung des Weihnachtsgeldes nur die Bedeutung einer Zustimmung zum dem von ihm seit 1978 im Betrieb ausgehängten Freiwilligkeitsvorbehalt hatte. *Tappe/Koplin* ist zugute zu halten, daß sie, falls der Arbeitnehmer seinem Schweigen bei der Gratifikationsauszahlung einen anderen Erklärungswert als das Einverständnis zu der „verschlechternden“ Vertragsänderung (Auszahlung nur noch unter Freiwilligkeitsvorbehalt) beimessen wollte, diesem immerhin ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 1 BGB eingeräumt hätten.

Im Grunde bedarf es für die Reduzierung von arbeitsvertraglich (auch auf Allgemeinen Arbeitsbedingungen basierenden) zugesagten Gratifikationsleistungen, aber auch generell von Sozialleistungen, überhaupt nicht des dogmatisch sehr fragwürdigen Rechtsinstitutes der „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung. *Speiger* ist darin zuzustimmen, daß hierfür die Änderungskündigung nach § 2 KSchG und der Abänderungsvertrag vollkommen ausreichen. Daneben steht dem Arbeitgeber nach der hier vertretenen Ansicht diesbezüglich auch noch ein Widerrufsrecht nach freiem Belieben zu, sofern er sich einen solchen Widerruf in zulässiger Weise ausdrücklich vorbehalten hat.⁷⁸⁰

Hätte der 10. Senat die vor allem vom Bundesgerichtshof für Zivilsachen in der Grundsatzentscheidung vom 7.6.1984⁷⁸¹ erarbeiteten und in jahrelanger Rechtsprechung nachfolgend auch vom Bundesarbeitsgericht vertretenen Grundsätze hinsichtlich den Tatbestandsvoraussetzungen einer Willenserklärung hinreichend beachtet, wäre die dogmatisch unsauber fundierte „entgegengesetzte“ betriebliche Übung mit seinem Urteil vom 26.3.1997 gar nicht „aus der Taufe gehoben“ worden. Die im Zusammenhang mit der Ablösung von Sozialleistungen vom 10. Senat, von *Peterek* und *Tappe/Koplin* für zulässig erachtete „entgegengesetzte“ betriebliche Übung ist speziell im Bereich übertariflicher Geldzulagen allein mit vertragsrechtlichen Elementen rechtlich folgendermaßen zu qualifizieren:

⁷⁸⁰ Ausführlich zum Widerruf nach freiem Belieben siehe Teil 3: A. III. 2. a), c) bb) und cc) und d).

⁷⁸¹ Siehe hierzu BGHZ 91, S. 324 ff.

- Stellt der Arbeitgeber die übertariflichen Geldzahlungen bei der gesamten Belegschaft oder bei Teilen dieser ohne Ankündigung einfach ein, kann in diesem Verhalten die konkludente Ausübung eines jeweils in den einzelnen Arbeitsverträgen ausdrücklich oder konkludent vorbehaltenen Widerrufsrechtes gesehen werden.⁷⁸²

- Hat sich der Arbeitgeber jedoch keinen Widerruf der übertariflichen Geldzulagen vorbehalten, kann man in seiner teilweisen oder gänzlichen Zahlungseinstellung konkludente Angebote zur Abänderung der Arbeitsverträge zwecks Einsparung der Zulagengelder sehen.⁷⁸³ Sofern die davon unmittelbar und sogleich betroffenen Arbeitnehmer zu den neuen, wirtschaftlich ungünstigeren Arbeitsbedingungen widerspruchslos weiterarbeiten, ist diesem Schweigen gemäß der allgemein anerkannten Tatbestandsvoraussetzungen einer Willenserklärung der Erklärungswert konkludenter Zustimmungen zur Vertragsänderung beizumessen.⁷⁸⁴ Den Arbeitnehmern ist unter Berücksichtigung der allgemeinen Lebensauffassung durchaus zuzumuten, der Kürzung oder Streichung der Zulagengelder sofort ausdrücklich zu widersprechen, wenn sie damit nicht einverstanden sind. Versäumen sie dies, sind sie hinsichtlich der Einbuße ihrer Zulagenansprüche nicht schutzwürdig. Konsequenterweise gelten diese Grundsätze aber nicht erst dann, wenn der Arbeitgeber den Anspruch auf die Geldzulagen in drei aufeinanderfolgenden Jahren reduziert oder überhaupt nicht erfüllt und die davon betroffenen Arbeitnehmer den ausbleibenden Zahlungen nicht widersprochen haben, sondern bereits bei der ersten Nichtzahlung dieser Zulagen.⁷⁸⁵ Die Ansicht des 10. Senats des Bundesarbeitsgerichts in einem Urteil vom 14.8.1996, in dem dieser das bloße Nichtleisten der Weihnachtsgratifikation, sogar trotz vorheriger Ankündigung,⁷⁸⁶ rechtlich nicht als ein Abänderungsangebot des Arbeitgebers an die anspruchsberechtigten Arbeitnehmer qualifizierte, ist abzulehnen.

- Gibt der Arbeitgeber die geplante Abänderung (Einführung eines Widerrufsvorbehaltes) der Arbeitsverträge beispielsweise durch Aushang am „schwarzen Brett“ vorher betrieblich bekannt, liegen ausdrückliche, und im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB wirksam zugegangene Abänderungsangebote an die anspruchsberechtigten Arbeitnehmer vor, sofern diese von dem

⁷⁸² Zur Ausübung eines ausdrücklichen beziehungsweise konkludenten Widerrufsvorbehaltes siehe Teil 3: A. III. und IV.

⁷⁸³ Speiger (Speiger, NZA 1998, S. 510, 512) sieht hierin ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers; dies ist jedoch reine Auslegungssache.

⁷⁸⁴ Siehe hierzu Teil 3: A. II. 2.

⁷⁸⁵ Im Ergebnis ebenso zu Recht Schaub, ArbR, S. 967; demzufolge ist die Ansicht von Kettler (Kettler, NJW 1998, S. 435, 437) unverständlich, wenn er diesem Fall den Tatbestand einer „entgegengesetzten“ betrieblichen Übung verwirklicht sieht.

⁷⁸⁶ Die Mitteilung am „schwarzen Brett“ erfolgte durch einen Angestellten, der im „Auftrag der Geschäftsleitung“ handelte.

Aushang Kenntnis nehmen können.⁷⁸⁷ Falls einzelne Arbeitnehmer wegen Krankheit oder Urlaubs keine Kenntnis von dem Aushang haben, ist der Zugang des arbeitgeberseitigen Abänderungsangebotes spätestens dann wirksam erfolgt, wenn sie jeweils anhand ihres Lohnstreifens feststellen können, daß ihnen die übertariflichen Geldzulagen vom Arbeitgeber gekürzt oder gestrichen worden sind. Durch die widerspruchslose und dauerhafte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses stimmen die jeweiligen, von der teilweisen oder gänzlichen Zahlungseinstellung betroffenen Arbeitnehmer dem am „schwarzen Brett“ ausgehängten Abänderungsangebot des Arbeitgebers stillschweigend zu.⁷⁸⁸ In dem vom 10. Senat entschiedenen Fall hätte dies folgerichtig bedeutet, daß bereits durch die erste teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung der Weihnachtsgratifikation nach Ankündigung des Freiwilligkeitsvorbehaltes im Jahre 1978 dieser Vorbehalt Bestandteil der einzelnen Arbeitsverträge geworden wäre, sofern die von der Leistungsreduzierung betroffenen Arbeitnehmer widerspruchslos weitergearbeitet hätten. Da der Arbeitgeber hier jedoch erst im Jahre 1993 erstmals unter Berufung auf seinen Freiwilligkeitsvorbehalt bei bestimmten Teilen der Belegschaft die Gratifikationszahlungen reduziert hat, wäre erst zu diesem Zeitpunkt, und nicht früher,⁷⁸⁹ dieser Vorbehalt infolge der schweigsamen Weiterarbeit der betroffenen Arbeitnehmer Gegenstand ihrer Arbeitsverträge geworden.

Genau betrachtet stellt also die als „entgegengesetzt“ bezeichnete betriebliche Übung somit im Grunde nichts anderes als eine Vielzahl von Abänderungsverträgen zwischen dem Arbeitgeber und den von den verschlechterten Arbeitsbedingungen betroffenen Arbeitnehmern dar. Aufgrund der oben beschriebenen dogmatischen Einwände, insbesondere wegen der Begriffsbestimmung der betrieblichen Übung, sollte man in diesem Zusammenhang den Ausdruck „entgegengesetzte betrieblichen Übung“ vermeiden.

⁷⁸⁷ Vgl. MüKo, BGB, Förchler, § 130 Rn. 22; Soergel, BGB, Hefermehl, § 130 Rn. 14; zum wirksamen Zugang einer Willenserklärung durch Aushang am „schwarzen Brett“ siehe auch Teil 3: VIII. 3.

⁷⁸⁸ Zur konkludenten Zustimmung zu Abänderungsverträgen siehe BAG, AP Nrn. 2 und 4 zu § 305 BGB; AP Nr. 101 zu § 242 BGB Ruhegehalt; AP Nr. 12 zu § 1 BetrAVG; AP Nr. 13 zu § 65 HGB; siehe auch Schaub, ArbR, S. 182; Peterek, FS für D. Gaul I, S. 184, 194; dazu auch Teil 3: A. II. 2.

⁷⁸⁹ So aber der 10. Senat des BAG, der bereits bei der dreimaligen vorbehaltlosen Annahme der Gratifikationszahlungen durch die anspruchsberechtigten Arbeitnehmer von einem durch „entgegengesetzte“ betriebliche Übung zustande gekommenen Freiwilligkeitsvorbehalt ausgeht.

IX. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer ablösenden „verschlechternden“ Betriebsvereinbarung

Haben die Arbeitnehmer Ansprüche auf übertarifliche Geldzulagen aufgrund einzelner Arbeitsverträge, gilt es zu untersuchen, ob der Arbeitgeber diese Ansprüche (mit Hilfe des Betriebsrates) durch eine ablösende „verschlechternde“ Betriebsvereinbarung, die im Gegensatz zur bisherigen arbeitsvertraglichen Regelung eine geringere oder sogar überhaupt keine Zulagenzahlung mehr vorsieht, wieder teilweise oder gänzlich beseitigen kann.

Unabhängig von der Problematik, ob die arbeitsvertraglich begründeten Ansprüche der Arbeitnehmer durch eine ablösende Betriebsvereinbarung verschlechtert werden können, ist fraglich, ob der Betriebsrat mit dem Arbeitgeber eine solche Betriebsvereinbarung überhaupt abschließen würde. Da der Betriebsrat nach § 2 Abs. 1 BetrVG im Interesse und zum Wohl der Arbeitnehmer, nicht aber zu deren Nachteil mit dem Arbeitgeber zusammenzuarbeiten hat, ist dies zunächst zu bezweifeln. Bedenkt man jedoch, daß nach der hier vertretenen Auffassung der Arbeitgeber die übertariflichen Geldzulagen durch einen Massenwiderruf nach freiem Belieben teilweise oder gänzlich streichen kann, würde eine ablösende Betriebsvereinbarung die Arbeitnehmer im Grunde finanziell auch nicht schlechter stellen. Im Unterschied zum Massenwiderruf hätte der Arbeitgeber beim Abschluß einer dem gleichen Zweck dienenden ablösenden „verschlechternden“ Betriebsvereinbarung den Vorteil, daß er bei der Belegschaft betriebspolitisch in einem „besseren Licht“ dastehen würde, da der Betriebsrat als deren Interessenvertreter bei dieser Form der Zulagenstreichung Mitverantwortung übernehmen müßte. Aus diesem Grund würde ein umsichtiger Betriebsrat mit Sicherheit versuchen, an seine Zustimmung zu der arbeitgeberseitig geplanten Einsparung der übertariflichen Zulagengelder anderweitige arbeitnehmerbegünstigende Bedingungen zu knüpfen. Natürlich müßten sich diese „Forderungen“ des Betriebsrates weit unterhalb der Schwelle der vom Arbeitgeber geplanten Einsparung bewegen, da dieser sonst mit einem Massenwiderruf sein Vorhaben realisieren würde. Zu denken wäre an moderate Vergünstigungen für die Arbeitnehmer im Bereich der Sozialeinrichtungen, wie beispielsweise die Aufstellung eines Verkaufsautomaten für Lebensmittel oder die Einrichtung einer Kantine. Eine mit diesen Bedingungen des Betriebsrates zustande gekommene ablösende „verschlechternde“ Betriebsvereinbarung wäre damit für die Arbeitnehmer wirtschaftlich betrachtet im Endeffekt letztendlich günstiger, als eine Einsparung der übertariflichen Zulagengelder durch einen Massenwiderruf seitens des Arbeitgebers. Unter diesem Aspekt ist der Abschluß einer ablösenden „verschlechternden“ Betriebsvereinbarung, die im Gegensatz zur bisherigen arbeitsvertraglichen Regelung der Arbeitnehmer eine geringere oder überhaupt keine Zulagenzahlung mehr vorsieht, durchaus denkbar.

1. Vorbemerkung

Betriebsvereinbarungen haben, wie festgestellt, normativen Charakter.⁷⁹⁰ Sie erzeugen im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes objektives Recht und wirken auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse unmittelbar ein.⁷⁹¹ Ihre Rechtsnormen sind unabdingbar und zwingend, § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG. Fraglich ist jedoch, ob hiermit die Rechtswirkungen der Betriebsvereinbarung abschließend geregelt oder nach dem Vorbild des § 4 Abs. 3 TVG durch das sogenannte „Günstigkeitsprinzip“ zu ergänzen sind, so daß der Betriebsvereinbarung wie dem Tarifvertrag ebenfalls nur eine einseitig zwingende Wirkung zukommt.⁷⁹² Diese Frage ist für den hier vorliegenden Fall relevant, da die einzelvertraglichen Vereinbarungen hinsichtlich der übertariflichen Geldzulagen für die Arbeitnehmer vergleichsweise günstiger wären, als die Regelung in der verschlechternden Betriebsvereinbarung. Sollte das Günstigkeitsprinzip im gegebenen Fall ergänzend heranzuziehen sein, könnte eine abweichende vertragliche Regelung trotz der zwingenden Wirkung einer Betriebsvereinbarung bestehen bleiben oder auch nachträglich vereinbart werden, wenn sie einen für den Arbeitnehmer günstigeren Inhalt als die Betriebsvereinbarung hätte.

2. Begriffliche Abgrenzung einer ablösenden Betriebsvereinbarung von einer nachfolgenden Betriebsvereinbarung

Bei ablösenden Betriebsvereinbarungen ist zwischen sogenannten „umstrukturierenden“ und „verschlechternden“ Betriebsvereinbarungen zu unterscheiden. Von einer ablösenden „umstrukturierenden“ beziehungsweise ablösenden „verschlechternden“ Betriebsvereinbarung ist in der Regel die Rede, wenn die betreffende Betriebsvereinbarung das Leistungsniveau bei veränderter Strukturierung beibehält beziehungsweise verschlechtert.⁷⁹³ Durch ablösende Betriebsvereinbarungen können nur individualrechtliche Ansprüche umstrukturiert oder verschlechtert werden. Der Begriff des Ablösens soll in diesem Zusammenhang signalisieren, daß der Betriebsvereinbarung individualrechtliche Zusagen und Ansprüche vorausgingen.

Dagegen tritt die nachfolgende Betriebsvereinbarung an die Stelle einer bereits bestehenden früheren Betriebsvereinbarung. Sie greift nicht unmittelbar in arbeitsvertragliche Rechte ein. Sie kann in der Sache das vorangegangene

⁷⁹⁰ Zur Betriebsvereinbarung siehe Teil 2: B. II.

⁷⁹¹ So z.B. Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 109; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 26.

⁷⁹² Zu dieser Frage kurz zusammenfassend Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rnn. 87 ff.

⁷⁹³ Vgl. dazu auch die Ausführungen des Großen Senats, BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972; siehe auch Teil 3: B. III. 1. a).

Leistungsniveau, nicht aber einzelvertragliche Positionen umstrukturieren, verbessern oder verschlechtern.

Die in Rechtsprechung und Rechtslehre nicht immer durchgehaltene Abgrenzung ist nichtsdestoweniger in besonderem Maße relevant, weil die Voraussetzungen und Kriterien der ablösenden Betriebsvereinbarung nicht auf die Fälle der nachfolgenden Betriebsvereinbarung übertragen werden können.⁷⁹⁴ Während es bei ablösenden Betriebsvereinbarungen Kontroversen um die Geltung des Günstigkeitsprinzips gibt,⁷⁹⁵ wird dieses Prinzip unstreitig auf nachfolgende Betriebsvereinbarungen nicht angewandt. Da es sich um gleichrangige Gestaltungsfaktoren handelt, verdrängt die jüngere die ältere Regelung des gleichen Regelungstatbestandes mit Wirkung für die Zukunft entsprechend der Zeitkollisionsregel „lex posterior derogat legi priori“.⁷⁹⁶ Diesen Grundsatz bezeichnet man als Ordnungs- oder Ablösungsprinzip.⁷⁹⁷

Die Frage nach der Geltung des Günstigkeitsprinzips stellt sich somit nur in den Fällen, in denen es sich bei der von den Betriebsparteien abgeschlossenen Betriebsvereinbarung um eine ablösende „umstrukturierende“ oder wie bei der hier behandelten Betriebsvereinbarung um eine ablösende „verschlechternde“ handelt, durch welche individualvertragliche Ansprüche der Arbeitnehmer teilweise oder gänzlich beseitigt werden sollen.

⁷⁹⁴ Zur nachfolgenden Betriebsvereinbarung siehe Teil 3: C. VII.

⁷⁹⁵ Siehe dazu den folgenden Teil 3: A. IX. 3.; vor allem im Zusammenhang mit der Ablösung von auf Allgemeinen Arbeitsbedingungen basierenden vertraglichen Ansprüchen, vgl. dazu Teil 3: B. III. 1.

⁷⁹⁶ So die herrschende Auffassung der Rechtsprechung und Rechtslehre, vgl. z.B. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 5. der Gründe; AP Nr. 12 zu § 112 BetrVG 1972 unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 unter B. II. 2. der Gründe; AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung unter II. 2. der Gründe; AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter II. 3. c) der Gründe; AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter I. der Gründe; AP Nr. 15 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter I. der Gründe; AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter B. der Gründe; AP Nr. 185 zu § 242 BGB unter 2. der Gründe; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 12; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 163; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 68; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 308; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 85; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 159; Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. II/2, S. 1293 f. m.w.N.; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 60; Schaub, ArbR, S. 1876; ders., BB 1995, S. 1639; Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 3; Hanau/Preis, NZA 1991, S. 81, 89; Heither, ArbRdG 1994, S. 55, 56; ders., BB 1992, S. 145, 147; Leinemann, BB 1989, S. 1905.

⁷⁹⁷ Siehe dazu Teil 3: C. I. 1. und VII. 2.

3. Meinungsübersicht über das Verhältnis zwischen Günstigkeitsprinzip und Betriebsautonomie

a) Das Günstigkeitsprinzip als Teil des § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG

Das ausdrücklich in § 4 Abs. 3 TVG manifestierte Günstigkeitsprinzip, das ursprünglich nur die im Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Arbeitsverträgen abweichenden Vereinbarungen zugunsten der Arbeitnehmer für zulässig erachtet, wird nach Ansicht der heutigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der überwiegenden Meinung der Rechtslehre als allgemeiner Rechtsgrundsatz angesehen, der auch im Verhältnis zwischen Betriebsvereinbarungen und Einzelarbeitsverträgen gilt.⁷⁹⁸ Obwohl das Günstigkeitsprinzip im Betriebsverfassungsgesetz nicht ausdrücklich erwähnt wird, hat sich der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts im Zusammenhang mit der Ablösbarkeit Allgemeiner Arbeitsbedingungen (explizit der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung und Gesamtzusage) durch eine Betriebsvereinbarung in einer Grundsatzentscheidung vom 16.9.1986 trotzdem für die grundsätzliche dortige Geltung des Günstigkeitsprinzips ausgesprochen.⁷⁹⁹ Da sich der Vorlagebeschluß dem Wortlaut nach aber nur auf Sozialleistungen bezog, ist zunächst zu klären, ob die Ratio der Bundesarbeitsgerichtsentscheidung uneingeschränkt auch auf die hier relevanten übertariflichen Geldzulagen anwendbar ist: Unter Sozialleistungen sind, wie bereits erwähnt, alle Geld-, Sach- und Dienstleistungen, „die ein Unternehmen über das Entgelt für Arbeitsleistungen hinaus an einzelne oder die Gesamtheit der Arbeitnehmer erbringt“, zu verstehen.⁸⁰⁰ Demnach zählen hierzu zum Beispiel übertarifliche Geldzulagen, welche die Arbeitnehmer in Form von Jubiläumsgeldern⁸⁰¹, Mietzuschüssen⁸⁰² oder Gratifikationen, die an die Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit

⁷⁹⁸ Für das Günstigkeitsprinzip im BetrVG z.B. BAG, AP Nr. 64 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 2. der Gründe; ausführlich hierzu BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. und III. der Gründe; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rnn. 94 ff.; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rnn. 207 ff.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rnn. 90 ff.; Richardi, BetrVG, § 77 Rnn. 132 ff.; ders., ZfA 1992, S. 307, 324; Halser, Die Betriebsvereinbarung, S. 176; Kreutz, Grenzen der Betriebsautonomie, S. 224; Schaub, ArbR, S. 1875 f.; Söllner, ArbR, S. 206; Weber/Ehrich/Hörchens, BetrVerfR, S. 449 f.; Belling, DB 1982, S. 2513 ff.; Joost, ZfA 1993, S. 257, 274 f.; Reichold, RdA 1995, S. 147, 150; a.A. z.B. Leinemann, DB 1985, S. 1394, 1395 f.; Reuter, RdA 1991, S. 193, 197; weitgehend auch Jobs, DB 1986, S. 1120, 1122; ausführlich zum Günstigkeitsprinzip z.B. U. Federlin, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 34 ff.; Kammerer, Einheitsvertraglich gewährte Gratifikationen, S. 70 ff.; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 318 Rnn. 74 ff.; Schmidt, Das Günstigkeitsprinzip, S. 54 ff.; Hermann, ZfA 1989, S. 577, 611 ff.

⁷⁹⁹ So BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. und III. der Gründe.

⁸⁰⁰ Meyers, Enzyklopädisches Lexikon, Bd. 22, S. 174; so ähnlich auch der Große Senat selbst, siehe BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter B. I. der Gründe; siehe auch Teil 2: E. IV. 2.

⁸⁰¹ Siehe hierzu BAG, AP Nr. 25 zu § 77 BetrVG 1972.

⁸⁰² Vgl. BAG, AP Nr. 22 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

gekoppelt sind,⁸⁰³ erhalten. Dagegen sind wiederum Erschwerniszulagen oder Leistungszulagen nicht den Sozialleistungen zuzuordnen, da sie jeweils im unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis zur erbrachten Arbeitsleistung stehen. Es gibt allerdings keine Argumente, die gegen eine gleichermaßen Anerkennung der Entscheidungsgründe für den Fall sprechen, in dem der Arbeitsvertrag zusätzliche Arbeitsentgeltleistungen betrifft, die in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zur Arbeitsleistung stehen, so daß das Synallagma den Inhalt der Pflicht des Arbeitgebers zur Erbringung der Entgeltleistung bestimmt.⁸⁰⁴ Demnach beziehen sich die Entscheidungsgründe des Bundesarbeitsgerichts auch auf diese Formen übertariflicher Geldzulagen.

Nach der Ansicht des Großen Senats besagt zwar die Vorschrift des § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG nichts darüber, ob vertragliche Vereinbarungen, die für den Arbeitnehmer günstiger sind als eine Betriebsvereinbarung, durch diese verdrängt werden, jedoch werde in § 4 Abs. 3 TVG das entsprechende Kollisionsproblem für den Tarifvertrag ebenfalls nur teilweise geregelt, weil das Verhältnis eines Tarifvertrages zu einer vorausgegangenen günstigeren Vertragsabsprache nicht erfaßt werde. Trotzdem finde das Günstigkeitsprinzip auch in diesen Fällen entsprechend Anwendung.⁸⁰⁵ Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hält das Günstigkeitsprinzip für einen umfassenden Grundsatz, „der unabhängig von der Art der Rechtsquelle und auch außerhalb des Tarifvertragsgesetzes Geltung“ beanspruche.⁸⁰⁶ Die normative Wirkung der Betriebsvereinbarung werde somit nach dem Vorbild des § 4 Abs. 3 TVG durch das Günstigkeitsprinzip ergänzt.⁸⁰⁷ Neben dieser dogmatischen Fundierung wird die rechtliche Grundlage des Günstigkeitsprinzips in der Rechtslehre aber auch anders beurteilt: Im einzelnen wird es bewertet als Ausprägung des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips,⁸⁰⁸ als Element der Sozialstaatlichkeit (vergleiche Art. 20 Abs. 1 GG),⁸⁰⁹ als ein Prinzip, das den freiheitlich-rechtsstaatlichen Elementen der geltenden Wirtschafts- und Sozialverfassung

⁸⁰³ Dazu BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972.

⁸⁰⁴ Vgl. Hromadka, NZA 1987, Beil. Nr. 3, S. 2, 8 f.; im Zusammenhang mit der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung und Gesamtusage ähnlich auch Richardi, NZA 1987, S. 185, 186.

⁸⁰⁵ So BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 3. der Gründe; Kempen/Zachert, TVG, § 4 Rnn. 178 f.; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 4 Rn. 226 m.w.N.; vgl. hierzu z.B. BAG, AP Nr. 26 zu Art. 44 GG Truppenvertrag; BAG, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Rundfunk.

⁸⁰⁶ So BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 3. a) der Gründe; ähnlich auch schon Dietz, FS für Sitzler, S. 131, 152; ebenso Siebert, FS für Nipperdey, S. 119, 120 f.

⁸⁰⁷ Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 3. a) der Gründe.

⁸⁰⁸ So Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis, S. 22 f.

⁸⁰⁹ Vgl. Knigge, Die Einschränkung des Günstigkeitsprinzips, S. 126 ff.; G. Müller, DB 1967, S. 903, 905 f.; ebenso Ramm, JZ 1966, S. 214, 218, Fn. 26.

zuzuordnen sei,⁸¹⁰ als ein dem Leistungsprinzip zuzuordnender Grundsatz,⁸¹¹ als Ausprägung der aus Art. 2 Abs. 1 GG folgenden Privatautonomie⁸¹² und schließlich überwiegend als umfassender arbeitsrechtlicher Grundsatz, der verfassungsrechtlich anerkannt sei.⁸¹³

Geht man von der Geltung des Günstigkeitsprinzips auch im Betriebsverfassungsgesetz aus, können individualrechtliche Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag weder teilweise noch gänzlich durch eine Betriebsvereinbarung beseitigt werden. Diese Ansprüche bleiben bestehen, gleichgültig ob die Betriebsvereinbarung den Arbeitnehmer besser, gleich oder schlechter stellt.⁸¹⁴ Bezieht man diese Überlegungen auf übertarifliche Geldzulagen, so kann der Arbeitgeber die einzelvertraglichen Ansprüche der Arbeitnehmer auf diese Zulagen mit Hilfe des Betriebsrates folglich nicht durch eine ablösende verschlechternde Betriebsvereinbarung teilweise oder gänzlich beseitigen. Es gibt jedoch eine abweichende Auffassung, auf die im folgenden einzugehen ist.

b) Die Theorie der Normsetzungsprärogative

Im Gegensatz zur heutigen Rechtsprechung und der überwiegenden Ansicht in der Rechtslehre, lehnen einige Autoren im Schrifttum die Geltung des Günstigkeitsprinzips im Betriebsverfassungsgesetz ab.⁸¹⁵ Ihre ablehnende Haltung basiert auf der Theorie von der sogenannten Normsetzungsprärogative, die auf eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahre

⁸¹⁰ So Säcker, Gruppenautonomie, S. 293 f.

⁸¹¹ Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. II/1, S. 572; Siebert, FS für Nipperdey, S. 119, 126.

⁸¹² GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 204; U. Federlin, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 38 f.; Kammerer, Einheitsvertraglich gewährte Gratifikationen, S. 143 f.; Schmidt (Schmidt, Das Günstigkeitsprinzip, S. 60), der entscheidend auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abstellt; Belling, DB 1987, S. 1888, 1889; Blomeyer, DB 1987, S. 634, 637; Martens, RdA 1983, S. 217, 222; ders., JuS 1987, S. 337, 341 f.

⁸¹³ Vgl. BAG, AP Nrn. 2 und 3 zu § 4 TVG Angleichungsrecht; AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 19; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 94; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 89; Richardi, BetrVG, § 77 Rnn. 132 f.; Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. II/1, S. 231 f.; wohl auch Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 10 f.

⁸¹⁴ Vgl. BAG, AP Nr. 43 zu § 77 BetrVG 1972 unter IV. 2. bis 4. der Gründe.

⁸¹⁵ Leinemann, DB 1985, S. 1394 ff.; ders., BB 1989, S. 1909 ff.; ders., in: Hromadka, Änderung, S. 145, 158 ff.; einschränkend nur auf kollektive Regelungen folgen: Scharmann, Die ablösende Betriebsvereinbarung, S. 142 ff. und 160 f.; Blomeyer, NZA 1985, S. 641 ff.; ders., DB 1987, S. 634 ff.; Buchner, DB 1983, S. 877 ff.; D. Gaul, BB 1984, S. 931 ff.; Jobs, DB 1986, S. 1120 ff.; Joost, RdA 1989, S. 7 ff.; Löwisch, DB 1983, S. 1709 ff.; ders., RdA 1985, S. 209 ff.; ders., ZGR 1984, S. 272 ff.; Richardi, RdA 1983, S. 278 ff.

1982 zurückzuführen ist.⁸¹⁶ Der 6. Senat des Bundesarbeitsgerichts bejahte in seiner damaligen Entscheidung vom 12.8.1982, in der er über die Zulässigkeit einer Verschlechterung von einheitsvertraglich vereinbarten Sozialleistungen durch eine Betriebsvereinbarung zu entscheiden hatte, generell die Verschlechterungsmöglichkeit von Einzelarbeitsverträgen durch eine Betriebsvereinbarung, soweit diese Angelegenheiten der erzwingbaren Mitbestimmung gemäß § 87 Abs. 1 BetrVG regele.⁸¹⁷ Der 6. Senat schloß aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Erwähnung des Günstigkeitsprinzips in § 77 Abs. 4 BetrVG, daß dieser Grundsatz für das Verhältnis von Einzelvertrag und Betriebsvereinbarung - im Gegensatz zum Verhältnis von Einzelvertrag und Tarifvertrag (§ 4 Abs. 3 TVG) - nicht gelten solle. Die Rechtswirkungen einer rechtmäßigen Betriebsvereinbarung, die wirksam im Rahmen der den Betriebspartnern durch das Betriebsverfassungsgesetz eingeräumten Kompetenzen abgeschlossen worden sei, seien in § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG abschließend normiert.⁸¹⁸ Der 6. Senat ging somit von einer beidseitig zwingenden Wirkung der Betriebsvereinbarung aus. Allein die Kompetenzzuweisung des Betriebsverfassungsgesetzes entscheide über die Ablösbarkeit von (einheitlichen und individuellen) vertraglichen Rechten durch Betriebsvereinbarungen.⁸¹⁹

Der überwiegende Teil der Anhänger der Theorie der Normsetzungsprärogative im Schrifttum folgte der Rechtsprechung des 6. Senats des Bundesarbeitsgerichts jedoch nicht uneingeschränkt, sondern nur in modifizierter Form.⁸²⁰ Ebenso wie der 6. Senat bestreiten diese Vertreter der Rechtslehre die Geltung des Günstigkeitsprinzips im Betriebsverfassungsrecht. Statt dessen müßten ihrer Ansicht nach Betriebsvereinbarungen den Vorrang auch vor günstigeren vertraglichen Arbeitsbedingungen genießen, soweit den Betriebspartnern allgemein die Befugnis zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen eingeräumt ist (§ 88 BetrVG), oder zumindest dem Betriebsrat erzwingbare Mitbestimmungsrechte zustehen (§ 87 Abs. 1 BetrVG).⁸²¹ Obwohl sie aber die Geltung des Günstigkeitsprinzips im Betriebsverfassungsgesetz negieren, lehnen sie trotzdem eine Ablösbarkeit von individualvertraglichen Rechten

⁸¹⁶ BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972.

⁸¹⁷ Vgl. BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 4. der Gründe.

⁸¹⁸ So BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 4. der Gründe.

⁸¹⁹ Siehe BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 4. der Gründe.

⁸²⁰ (Fast) uneingeschränkt folgt nur Leinemann, DB 1985, S. 1394, 1395 f.; ders., BB 1989, S. 1909 ff.; ders., in: Hromadka, Änderung, S. 145, 158 ff.; einschränkend nur auf kollektive Regelungen folgen Scharmann, Die ablösende Betriebsvereinbarung, S. 160 f.; Blomeyer, NZA 1985, S. 641 ff.; ders., DB 1987, S. 634 ff.; Buchner, DB 1983, S. 877 ff.; D. Gaul, BB 1984, S. 931 ff.; Jobs, DB 1986, S. 1120 ff.; Joost, RdA 1989, S. 7 ff.; Löwisch, DB 1983, S. 1709 ff.; ders., RdA 1985, S. 209 ff.; ders., ZGR 1984, S. 272 ff.; Richardi, RdA 1983, S. 278 ff.

⁸²¹ So z.B. Leinemann, DB 1985, S. 1394, 1395 f.

durch eine Betriebsvereinbarung ab, da die betriebliche Normsetzungsbefugnis nur kollektive, aber nicht individuelle Regelungen setzen und verdrängen könne.⁸²²

Allein der 6. Senat geht von einer auch die individuelle Regelung verdrängenden Wirkung der Betriebsvereinbarung aus,⁸²³ beschränkt dies aber darauf, daß Arbeitgeber und Betriebsrat (nur) im Rahmen des erzwingbaren Mitbestimmungskataloges des § 87 Abs. 1 BetrVG einzelvertragliche Vereinbarungen durch eine Betriebsvereinbarung verschlechtern können. Folgt man dem, so scheidet bezüglich arbeitsvertraglich gewährter übertariflicher Geldzulagen eine Schlechterstellung der Arbeitnehmer aus. Bei der Gewährung übertariflicher Geldzulagen in einer (verschlechternden) Betriebsvereinbarung werden zwar Fragen der betrieblichen Lohngestaltung tangiert, so daß sich bei der Einführung dieser Zulagen möglicherweise ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ergibt. Wie bereits erörtert, bezieht sich das erzwingbare Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG jedoch nicht auf die Höhe des arbeitgeberseitigen finanziellen Aufwandes für freiwillige übertarifliche Zulagen, also nicht auf den sogenannten Dotierungsrahmen oder das Zulagenvolumen, sondern nur auf die Aufstellung diesbezüglicher Entlohnungsgrundsätze. Nach der sogenannten „Topftheorie“ steht es in der mitbestimmungsfreien Entscheidung des Arbeitgebers, ob und in welchem Umfang er finanzielle Aufwendungen für zusätzliche Leistungen machen will.⁸²⁴ Dem Betriebsrat steht hinsichtlich dieser Fragen nur ein freiwilliges Mitbestimmungsrecht zu.⁸²⁵ Die durch Arbeitsvertrag gewährten übertariflichen Geldzulagen können demnach nicht durch eine Betriebsvereinbarung verschlechtert werden, da der Betriebsrat im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht über die Höhe dieser Zulagen mitbestimmen kann. Im vorliegenden Fall kann somit aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bezüglich des die übertariflichen Geldzulagen regelnden Arbeitsvertrages kein Ablösungsrecht für eine verschlechternde Betriebsvereinbarung gefolgert werden, da dieses sonst weiter als der Mitbestimmungstatbestand reichen würde.⁸²⁶

Darüber hinaus ist die vom 6. Senat des Bundesarbeitsgerichts vertretene Theorie der Normsetzungsprärogative, welche die Geltung des Günstigkeitsprinzips im Betriebsverfassungsgesetz grundsätzlich ablehnt, vom Großen

⁸²² Vgl. Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 11; Jobs, DB 1986, S. 1120, 1124; Löwisch, DB 1983, S. 1709 ff.; Martens, RdA 1983, S. 217, 224 f.; Schulin, DB 1984, Beil. Nr. 10, S. 1, 3.

⁸²³ Vgl. BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 4. der Gründe; vgl. auch Martens, RdA 1983, S. 217, 222 f.

⁸²⁴ Ausführlich zur „Topftheorie“ siehe Teil 2: D. IV. 1.

⁸²⁵ Das sieht auch der 6. Senat in seiner Entscheidung so, vgl. BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 1. der Gründe.

⁸²⁶ Siehe Pfarr, BB 1983, S. 2001, 2003; Richardi, RdA 1983, S. 278, 283.

Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner Leitentscheidung vom 16.9.1986 verworfen worden, so daß insoweit die Rechtsprechung des 6. Senats als revidiert gilt. In der unter dem Stichwort des kollektiven Günstigkeitsprinzips bekannt gewordenen Entscheidung hat sich das Bundesarbeitsgericht, wie bereits oben angesprochen, unter anderem grundsätzlich für die Geltung des (individuellen) Günstigkeitsprinzips auch im Betriebsverfassungsgesetz ausgesprochen,⁸²⁷ wodurch das oben festgestellte Ergebnis bestätigt wird: Einzelvertraglich zugesagte übertarifliche Geldzulagen können nicht durch eine verschlechternde Betriebsvereinbarung verdrängt werden.

c) Stellungnahme

Obwohl die hier im vorangehenden Abschnitt dargestellten Ansichten hinsichtlich der Geltung des Günstigkeitsprinzips bei der Kollision von arbeitsvertraglich gewährten übertariflichen Geldzulagen mit einer verschlechternden Betriebsvereinbarung letztlich zu dem gleichen Ergebnis führen, ist eine rechtliche Bewertung in Bezug auf die grundsätzliche Geltung des Günstigkeitsprinzips im Betriebsverfassungsrecht gerade auch im Hinblick auf die Kollision von Allgemeinen Arbeitsbedingungen mit verschlechternden Betriebsvereinbarungen unumgänglich.⁸²⁸ Wie festgestellt wurde, kann der Arbeitgeber (mit Hilfe des Betriebsrates) nicht durch eine verschlechternde Betriebsvereinbarung, die zukünftig für den einzelnen Arbeitnehmer eine geringere übertarifliche Geldzulage als die bisherige einzelvertragliche Abrede oder überhaupt keine Geldzulage mehr vorsieht, die Zulagengelder der anspruchsberechtigten Arbeitnehmer teilweise oder gänzlich beseitigen. Maßgebende Kollisionsnormen für dieses Ergebnis sind jedoch nicht die Mitbestimmungstatbestände der §§ 87 Abs. 1 und 88 BetrVG oder ausschließlich § 87 Abs. 1 BetrVG, sondern § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG in Verbindung mit dem Günstigkeitsprinzip. Eine günstigere vertragliche Abrede im Arbeitsvertrag hat für den einzelnen Arbeitnehmer Vorrang vor einer verschlechternden Betriebsvereinbarung. Das Günstigkeitsprinzip ist, unabhängig von der Art der Rechtsquelle, auch außerhalb des Tarifvertragsgesetzes, als allgemeingültiger umfassender Grundsatz aufzufassen, der auch für das Verhältnis von Inhaltsnormen einer Betriebsvereinbarung zu günstigeren vertraglichen Abreden gilt. Der Wortlaut des § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG steht dem nicht entgegen. Diese Norm ist wegen der Bedeutung des Günstigkeitsprinzips für die gesamte Arbeitsrechtsordnung und im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte und systematischen Überlegungen um die Kollisionsnorm des Günstigkeitsprinzips zu ergänzen und damit im Ergebnis einzuschränken.

⁸²⁷ Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. und III. der Gründe.

⁸²⁸ Zur Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips bei der Kollision Allgemeiner Arbeitsbedingungen mit einer verschlechternden Betriebsvereinbarung siehe Teil 3: B. III. 1.

Es läßt sich mit dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip nur schwer vereinbaren, daß es dem Arbeitgeber durch die Einschaltung des Betriebsrates als Repräsentant der Arbeitnehmer möglich sein soll, ohne Kündigung die bestehenden Arbeitsverträge der Arbeitnehmer nachteilig und selbst gegen deren erklärten Willen abzuändern, obwohl derselbe Vorgang im direkten Verhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien rechtlich nicht möglich wäre.

Ebenso ist zu bedenken, daß, wenn das Günstigkeitsprinzip bei einem Widerstreit von (verschlechternder) Betriebsvereinbarung und Einzelarbeitsvertrag nicht anwendbar wäre und man der Geltung der Betriebsvereinbarung in diesem Fall den Vorrang vor dem Einzelvertrag einräumt, der Betriebsvereinbarung in der Normenhierarchie des Arbeitsrechtes ein höherer Rang als dem Tarifvertrag zukommen würde. Aufgrund der Geltung des Günstigkeitsprinzips, das in § 4 Abs. 3 TVG manifestiert ist, kommt nämlich einer tarifvertraglichen Regelung, die den Arbeitnehmer „schlechter“ als eine entsprechende einzelvertragliche Regelung stellt beziehungsweise stellen würde, keine Vorrangstellung zu. Vielmehr hat hier der „günstigere“ Einzelarbeitsvertrag Vorrang.

Weiterhin ist zu beachten, daß durch einen Ausschluß des Günstigkeitsprinzips im Verhältnis zwischen Einzelarbeitsvertrag und (verschlechternder) Betriebsvereinbarung die Betriebspartner das Recht hätten, die von ihnen getroffene Regelung als Höchstbedingung festzulegen. Ihre Regelungskompetenz würde demnach weiter reichen als die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien. Während bei einer tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen günstigere einzelvertragliche Abreden wirksam blieben, wäre dies bei betrieblichen Regelungen nicht der Fall.

Aus den genannten Gründen ist der heutigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der überwiegenden Ansicht der Rechtslehre zu folgen, die von der Geltung des Günstigkeitsprinzips auch im Betriebsverfassungsgesetz ausgehen. Haben Arbeitgeber und Betriebsrat eine betriebliche Geldzulagenregelung in Form einer Betriebsvereinbarung abgeschlossen, die gegenüber der bisherigen arbeitsvertraglichen Zulagenvereinbarung eine finanzielle Verschlechterung für den einzelnen Arbeitnehmer beinhalten würde, so hat dieser jeweils zwei Anspruchsgrundlagen für die Zahlung der Zulagengelder zur Auswahl (Betriebsvereinbarung, Arbeitsvertrag), aus denen er die günstigere wählen kann.⁸²⁹ Eine arbeitsvertragliche Schlechterstellung der einzelnen Arbeitnehmer durch eine ablösende Betriebsvereinbarung scheidet dagegen aufgrund des Günstigkeitsprinzips aus.

Dieser Grundsatz gilt auch bei der Konstellation, bei der die „verschlechternde“ Betriebsvereinbarung auf eine vollständige oder teilweise Streichung der

⁸²⁹ So BAG, AP Nr. 43 zu § 77 BetrVG 1972 unter IV. 2. der Gründe.

arbeitsvertraglich gewährten übertariflichen Geldzulagen gerichtet ist: Im ersten Fall ist die Betriebsvereinbarung unwirksam, weil sie keinen rechtlich bedeutsamen Inhalt hat. Ihre Unwirksamkeit ergibt sich einerseits daraus, daß sie die arbeitsvertraglichen Ansprüche nicht antasten kann, andererseits daraus, daß sie einen eigenen Anspruch gerade nicht gewähren will. Sollen durch die Betriebsvereinbarung dagegen die übertariflichen Geldzulagen nur teilweise gestrichen, also auf einen bestimmten Betrag gekürzt werden, so ist die Betriebsvereinbarung nur insoweit gültig, als sie diesen geringeren Betrag zusagt. Sie löst die arbeitsvertraglichen Ansprüche aber nicht ab; vielmehr bleiben diese bestehen. Aus praktischen Erwägungen sollte man eine „verschlechternde“ Betriebsvereinbarung, welche die teilweise Streichung übertariflicher Geldzulagen zum Ziel hat, nicht für unwirksam halten. Entfallen nämlich aus irgendwelchen Gründen die Ansprüche auf übertarifliche Zulagengelder aus den Arbeitsverträgen, stehen den Arbeitnehmern immer noch die geringeren Ansprüche aus der Betriebsvereinbarung zu.

X. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer Regelungsabrede

Auch mittels einer (verschlechternden) Regelungsabrede mit dem Betriebsrat bietet sich dem Arbeitgeber nicht die Möglichkeit, die Zahlung der einzelvertraglich zugesagten übertariflichen Geldzulagen teilweise oder gänzlich einzustellen. Wie bereits dargestellt, handelt es sich bei der Regelungsabrede im Gegensatz zur Betriebsvereinbarung, die einen kollektiven Normenvertrag darstellt, um einen formlosen Vertrag zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, der lediglich diese beiden Betriebspartner entsprechend der getroffenen Vereinbarung berechtigt und verpflichtet.⁸³⁰ Die Regelungsabrede hat keine unmittelbare Wirkung auf das Einzelarbeitsverhältnis, insbesondere entfaltet sie keine normative Wirkung.⁸³¹ Da sie keine Rechte und Pflichten für die Arbeitnehmer begründet, können deren einzelvertragliche Arbeitsbedingungen durch sie auch nicht geändert werden.⁸³² Durch die Regelungsabrede kann dem Arbeitgeber aber der Weg zur (Massen-) Ausübung eines jeweils arbeitsvertraglich vorbehaltenen Widerrufsrechtes hinsichtlich übertariflicher Geldzulagen freigemacht werden (vergleiche § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG).

⁸³⁰ Zur Regelungsabrede siehe Teil 2: B. III.

⁸³¹ So BAG, AP Nr. 4 zu § 615 BGB Kurzarbeit unter IV. 3. der Gründe; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 79; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 101; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 18; Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 38; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 212; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 90; Schaub, ArbR, S. 1882.

⁸³² Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 4 zu § 615 BGB Kurzarbeit.

XI. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer tarifvertraglichen Regelung

Schon das in § 4 Abs. 3 TVG manifestierte Günstigkeitsprinzip schließt den Abschluß eines Tarifvertrages zwischen den Tarifvertragsparteien (vergleiche § 2 TVG) aus, der die einzelvertraglichen Ansprüche der Arbeitnehmer auf übertarifliche Geldzulagen verschlechtern könnte.⁸³³ Gleiches gilt, wenn diese Ansprüche auf Allgemeinen Arbeitsbedingungen beruhen. Da außerdem die Gewährung übertariflicher Geldzulagen, wie festgestellt, durch Tarifvertrag nicht möglich ist - die Geldzulagen knüpfen zwar an das tariflich normierte Mindestentgelt an, gehen aber über diese Mindestbedingungen hinaus - können im Umkehrschluß dazu diese Zulagengelder auch nicht durch eine tarifvertragliche Regelung teilweise oder gänzlich beseitigt werden.

B. Rechtliche Möglichkeiten zur teilweisen oder gänzlichen Zahlungseinstellung übertariflicher, durch Allgemeine Arbeitsbedingungen gewährter Geldzulagen

I. Vorbemerkung

Da die Rechtsgrundlage Allgemeiner Arbeitsbedingungen der Individualarbeitsvertrag ist, muß man die Gewährung übertariflicher Geldzulagen durch diese Arbeitsbedingungen ebenso der individualrechtlichen Ebene zuordnen, wie ihre Gewährung durch Individualarbeitsvertrag. Der Unterschied zwischen diesen individualrechtlichen Gestaltungsmitteln besteht, wie schon erörtert, nur darin, daß Allgemeine Arbeitsbedingungen im Gegensatz zum Einzelarbeitsverhältnis für eine Vielzahl konkreter Arbeitsverhältnisse gelten (können) und darüber hinaus einen kollektiven Bezug haben (können).⁸³⁴ Gewährt der Arbeitgeber übertarifliche Geldzulagen an die gesamte oder an Teile der Belegschaft durch Allgemeine Arbeitsbedingungen, muß man ihm für den Fall, daß er diese Geldzahlungen teilweise oder gänzlich einstellen will, deshalb die gleichen rechtlichen Möglichkeiten dafür einräumen, die ihm auch einzelvertraglich zustehen.⁸³⁵ Da diese Möglichkeiten bereits ausführlich dargelegt wurden,⁸³⁶ bedarf es im folgenden keiner nochmaligen, detaillierten diesbezüglichen Darstellung. Insofern kann auf die im Zusammenhang mit Individualvereinbarungen erarbeiteten Grundsätze verwiesen werden. Der Arbeitgeber kann demzufolge die Kürzung oder Streichung der

⁸³³ Vgl. im Einzelnen zum Günstigkeitsprinzip Kempen/Zachert, TVG, § 4 Rnn. 175 ff.

⁸³⁴ Vgl. Teil 2: D. II. 2.

⁸³⁵ Vgl. auch Vassilakakis, Konkurrenz, S. 2.

⁸³⁶ Siehe Teil 3: A.

übertariflichen Geldzulagen insbesondere durch Abänderungsverträge⁸³⁷ oder durch die Ausübung von arbeitsvertraglich vereinbarten Widerrufsvorbehalten⁸³⁸ vornehmen, wobei er sich hierfür entsprechend jeweils auch einer arbeitsvertraglichen Einheitsregelung⁸³⁹ bedienen kann. Ebenso kann der Arbeitgeber durch eine (oder viele) ordentliche oder außerordentliche Änderungskündigung(en) die übertariflichen Geldzulagen reduzieren oder vollständig abbauen.

Speziell beim Kürzungs- oder Streichungsinstrument des Widerrufs sind aufgrund der verschiedenen Erscheinungsformen der Allgemeinen Arbeitsbedingungen (arbeitsvertragliche Einheitsregelung, Gesamtzusage und betriebliche Übung) aber Besonderheiten zu beachten, die im folgenden anhand der jeweils einzelnen Rechtsinstitute aufgezeigt werden.

Im Anschluß daran folgt eine ausführliche Erörterung, ob der Arbeitgeber mittels einer ablösenden Betriebsvereinbarung, die im Gegensatz zu der bisherigen Regelung in den Allgemeinen Arbeitsbedingungen eine geringere oder sogar überhaupt keine Zulagenzahlung mehr vorsieht, die durch Allgemeine Arbeitsbedingungen arbeitsvertraglich begründeten Ansprüche der Arbeitnehmer auf übertarifliche Geldzulagen teilweise oder gänzlich beseitigen kann. Wegen der „Zwitterstellung“ der Allgemeinen Arbeitsbedingungen im Grenzbereich zwischen dem Individual- und Kollektivrecht ergeben sich auch bei diesem kollektivrechtlichen Instrument zur Reduzierung oder zum Abbau übertariflicher Zulagen einige Besonderheiten, die einer detaillierten Darstellung bedürfen.

⁸³⁷ Vgl. hierzu Teil 3: A. II. Im Fall der durch Allgemeine Arbeitsbedingungen begründeten vertraglichen Ansprüche der Arbeitnehmer auf übertarifliche Geldzulagen, können solche Abänderungsverträge, sofern sich die einzelnen Arbeitnehmer hierauf jeweils einlassen, für den Arbeitgeber zur Einsparung von Zulagengeldern recht praktikabel sein. Da nämlich aufgrund der Allgemeinen Arbeitsbedingungen betriebseinheitliche Verhältnisse hinsichtlich der Geldzulagen für die privilegierten Arbeitnehmer herrschen, kann der Arbeitgeber ausdrückliche Angebote zur Abänderung der Arbeitsverträge inhaltlich jeweils gleich gestalten. Er braucht also nur einmal ein Änderungsangebot zu formulieren, dieses vervielfältigen und schließlich den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern zukommen zu lassen.

⁸³⁸ Siehe hierzu Teil 3: A. III.; zu den Besonderheiten im Zusammenhang mit Allgemeinen Arbeitsbedingungen vgl. die nachfolgenden Ausführungen.

⁸³⁹ Vgl. hierzu Teil 3: A. VIII. 2.

II. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund der Ausübung eines ausdrücklich oder konkludent vorbehaltenen Widerrufs

1. Vorbemerkung

Wie im Individualarbeitsvertrag, muß sich der Arbeitgeber auch in Allgemeinen Arbeitsbedingungen den jederzeitigen teilweisen oder gänzlichen Widerruf der übertariflichen Geldzulagen ausdrücklich oder konkludent vorbehalten und bei Bedarf auch ebenso ausüben können.⁸⁴⁰ Während dies bei der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung und der Gesamtzusage allgemein anerkannt wird, werden bei der betrieblichen Übung von verschiedenen Seiten im Schrifttum Zweifel daran gehegt.⁸⁴¹ Die Zweifel sind darauf zurückzuführen, daß bei der betrieblichen Übung aus der Art der Begründung des Anspruches Konsequenzen für dessen Beseitigung gezogen werden.⁸⁴² Wie bereits ausgeführt, dürfen aber die Verschlechterungs- und Beseitigungsmöglichkeiten Allgemeiner Arbeitsbedingungen - also auch der betrieblichen Übung - nicht von der dogmatischen Konstruktion beim Begründungsakt dieser Arbeitsbedingungen abhängen.⁸⁴³ Sie sind vielmehr anhand der Rechtsgrundlage der Allgemeinen Arbeitsbedingungen zu beurteilen.

Da Rechtsgrundlage auch hier der Individualarbeitsvertrag ist, stehen dem Arbeitgeber für die Verschlechterung oder Beseitigung von Allgemeinen Arbeitsbedingungen die gleichen rechtlichen Möglichkeiten zu, wie bei diesem. Somit kann sich der Arbeitgeber also auch bei einer betrieblichen Übung, durch die er den Arbeitnehmern übertarifliche Geldzulagen gewährt, den Widerruf dieser Zulagen ausdrücklich oder konkludent vorbehalten und diesen Vorbehalt auch ausüben. Zwar ist das Vertrauen des einzelnen Arbeitnehmers auf die Fortsetzung der betrieblichen Übung schutzwürdig, jedoch kann und muß sich der Arbeitgeber trotz des unterstellten Bindungswillens für die Zukunft von den zusätzlich zu erbringenden übertariflichen Geldzulagen wieder lösen können, wenn er zum Beispiel aus wirtschaftlichen Gründen nicht mehr in der Lage ist, diese Zulagen weiter zu erbringen. Das Bundesarbeitsgericht räumt beim Vorliegen einer betrieblichen Übung, wenn auch bezogen auf die betriebliche Altersversorgung selbst ein, daß der Arbeitgeber angepaßte Änderungen vornehmen können muß und betriebliche Regelungen nicht „ver-

⁸⁴⁰ Vgl. Peterek, FS für D. Gaul I, S. 184, 192 f.; Hromadka, NZA 1987, Beil. Nr. 3, S. 2, 11 f.; ausführlich zum Widerrufsvorbehalt und seiner Ausübung siehe Teil 3: A. III. und IV.

⁸⁴¹ Vgl. Florig, Die Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen, S. 128; Seiter, Betriebsübung, S. 131 ff.; Hromadka, NZA 1984, S. 241, 245 f.

⁸⁴² Z.B. Florig, Die Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen, S. 128.

⁸⁴³ Siehe Teil 3: A. VIII. 1.

steinern“ dürften.⁸⁴⁴ Das Vertrauen der Arbeitnehmer auf die Fortsetzung einer betrieblichen Übung, durch die sie übertarifliche Geldzulagen gewährt bekommen, ist daher weniger schutzbedürftig, wenn der Arbeitgeber durch einen Widerrufsvorbehalt unmißverständlich zum Ausdruck bringt, daß er sich in Zukunft von diesen zusätzlichen Leistungen lösen können will.

2. Vereinbarung eines Widerrufsvorbehaltes

a) Ausdrücklicher Widerrufsvorbehalt

Gerade im Fall der betrieblichen Übung ist fraglich, wie sich der Arbeitgeber einen ausdrücklichen Widerruf der übertariflichen Geldzulagenzahlungen vorbehalten kann. Während der Arbeitgeber in einer arbeitsvertraglichen Einheitsregelung, insbesondere im typischen „Formular-Arbeitsvertrag“, eine entsprechenden Klausel fixieren oder die Gesamtzusage mit einem solchen Leistungsvorbehalt, zum Beispiel durch Bekanntmachung im Betrieb oder Aushang am „schwarzen Brett“ versehen kann, werden diese Möglichkeiten bei der betrieblichen Übung im Schrifttum aufgrund ihres Entstehungstatbestandes zum Teil ausgeschlossen.⁸⁴⁵ Diese Auffassung ist meines Erachtens wegen der Wesensgleichheit von betrieblicher Übung und Gesamtzusage abzulehnen. Im Grunde besteht zwischen betrieblicher Übung und Gesamtzusage kein gravierender Unterschied. Während der Arbeitgeber bei der Gesamtzusage das Arbeitsverhältnis in aller Regel durch ausdrückliche Gestaltungserklärung zugunsten der Arbeitnehmer verändert, geschieht dies bei der betrieblichen Übung durch schlüssiges Verhalten.⁸⁴⁶ Dieses schlüssige Verhalten des Arbeitgebers wird dann zur betrieblichen oder besser gesagt „ständigen“ Übung, wenn es beim Arbeitnehmer die Erwartungen und das berechtigte Vertrauen hervorgerufen hat, es werde sich an der tatsächlichen Übung nichts mehr ändern.⁸⁴⁷ Ebenso wie bei der Gesamtzusage muß dem Arbeitgeber deshalb auch bei der betrieblichen Übung das Recht zustehen, sich durch eine betriebliche Bekanntgabe oder einen Aushang am „schwarzen Brett“ den teilweisen oder gänzlichen Widerruf der übertariflichen Geldzulagen gegenüber den Arbeitnehmern ausdrücklich vorzubehalten.⁸⁴⁸ Die Vereinbarung eines solchen Widerrufsvorbehaltes, durch den sich der Arbeitgeber zukünftig

⁸⁴⁴ So BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter B. I. der Gründe.

⁸⁴⁵ Vgl. z.B. Wank, in: Hromadka, Änderung, S. 35, 56.

⁸⁴⁶ Wobei das schlüssige Verhalten keine Willenserklärung darstellt, sondern nur wie eine solche behandelt wird, siehe Staudinger, BGB, Dilcher, Vorbem. 3 ff. vor §§ 116 bis 144; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 34 ff.; Flume, AcP 161, S. 52 bis 76.

⁸⁴⁷ Vgl. auch Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 36 f.

⁸⁴⁸ Zum wirksamen Zugang einer Willenserklärung durch Aushang am „schwarzen Brett“ siehe Teil 3: A. VIII. 3.

der Zulagenzahlungen entledigen kann, ist sowohl im vorhinein (vor Entstehung der festen Übung) als auch nachträglich möglich.⁸⁴⁹

b) Konkludenter Widerrufsvorbehalt

Ebenso wie bei der Gesamtzusage und der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung muß sich der Arbeitgeber auch bei der betrieblichen Übung ein Widerrufsrecht konkludent vorbehalten können. Von einem konkludent vereinbarten Widerrufsvorbehalt ist beispielsweise dann auszugehen, wenn der Arbeitgeber die aufgrund einer betrieblichen Übung erworbenen einzelvertraglichen Ansprüche der Arbeitnehmer auf übertarifliche Geldzulagen, mit einem ganz bestimmten Zweck verbunden hat (zum Beispiel einer zweckgebundenen Schmutzzulage). In diesem Fall müssen die von der betrieblichen Übung begünstigten Arbeitnehmer damit rechnen, daß der Arbeitgeber bei deren Zweckfortfall die Zahlung der Zulagengelder widerrufen und notfalls ganz einstellen wird.⁸⁵⁰

3. Die Ausübung des Widerrufsvorbehaltes

Der in Allgemeinen Arbeitsbedingungen ausdrücklich vorbehaltene Widerruf des Arbeitgebers hinsichtlich der Zahlung übertariflicher Geldzulagen kann von diesem, ebenso wie auch beim Individualarbeitsvertrag, nach freiem Belieben ausgeübt werden, sofern das Widerrufsrecht inhaltlich eindeutig dahingehend ausgestaltet ist.⁸⁵¹ Ist hingegen ein Widerrufsvorbehalt nicht ausdrücklich nach freiem Belieben oder nur konkludent mit den Arbeitnehmern vereinbart, kann der Arbeitgeber den Widerruf nur im Rahmen billigen Ermessens im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB ausüben.⁸⁵²

Gibt der Arbeitgeber die Kürzung oder Streichung der auf Allgemeinen Arbeitsbedingungen basierenden übertariflichen Geldzulagen beispielsweise durch Aushang am „schwarzen Brett“ betrieblich bekannt, liegt ein aus-

⁸⁴⁹ Das BAG (BAG, AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung) hält in diesem Zusammenhang in seiner neuesten Rechtsprechung vom 26.3.1997 die Vereinbarung eines solchen Widerrufsvorbehaltes durch eine „entgegengesetzte betriebliche Übung“ für möglich. Nach der hier vertretenen Ansicht wird der Widerrufsvorbehalt jedoch durch eine einvernehmliche Änderung des Arbeitsvertrages zu dessen Bestandteil. Richardi (MünchArbR-Bd. 1, Richardi, § 13 Rn. 23) und Kettler (Kettler, NJW 1998, S. 435, 437) lehnen dagegen die nachträgliche Hinzufügung eines Widerrufsvorbehaltes zu einer betrieblichen Übung ab.

⁸⁵⁰ Dementsprechend ist das Vertrauen der Arbeitnehmer, daß sich an der tatsächlichen Übung des Arbeitgebers nichts mehr ändern werde, stark eingeschränkt.

⁸⁵¹ Ausführlich hierzu in Teil 3: A. III. 2. c) cc).

⁸⁵² Hierzu ausführlich in Teil 3: A. III. 2. c) cc) und IV.

drücklicher Widerruf von ihm vor.⁸⁵³ Stellt er dagegen die Zahlungen der übertariflichen Geldzulagen bei den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern einfach ein, ist in seinem Verhalten die konkludente Ausübung eines jeweils in den einzelnen Arbeitsverträgen vorbehaltenen Widerrufsrechtes zu sehen.⁸⁵⁴

Das in Allgemeinen Arbeitsbedingungen vorbehaltene Widerrufsrecht des Arbeitgebers zwecks teilweiser oder gänzlicher Einstellung übertariflicher Geldzulagen ist sehr praxistauglich und effizient. Da die Allgemeinen Arbeitsbedingungen für eine Vielzahl konkreter Arbeitsverhältnisse gelten und somit bezüglich der übertariflichen Geldzulagen einheitliche Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer herrschen, muß der Arbeitgeber, falls er den Widerruf ausdrücklich ausüben will, diesen inhaltlich nur einmal formulieren, vervielfältigen und dann den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern zukommen lassen. Praxistauglichkeit und Effizienz des Widerrufsvorbehaltes lassen sich auch für dessen konkludente Ausübung feststellen. Hierbei muß der Arbeitgeber nur darauf achten, die Zahlungen der übertariflichen Geldzulagen, welche die Arbeitnehmer aufgrund Allgemeiner Arbeitsbedingungen erhalten, bei diesen in jeweils gleichem Maße (teilweise oder gänzlich) einzustellen.

III. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer ablösenden „verschlechternden“ oder ablösenden „umstrukturierenden“ Betriebsvereinbarung

Zu prüfen ist, ob der Arbeitgeber (mit Hilfe des Betriebsrates) die durch Allgemeine Arbeitsbedingungen arbeitsvertraglich begründeten Ansprüche der einzelnen Arbeitnehmer auf übertarifliche Geldzulagen mittels einer ablösenden „verschlechternden“ oder ablösenden „umstrukturierenden“ Betriebsvereinbarung teilweise oder gänzlich beseitigen kann.⁸⁵⁵

⁸⁵³ Zum Zugang eines Widerrufs durch Aushang am „schwarzen Brett“ siehe Teil 3: A. VIII. 3.

⁸⁵⁴ Das BAG (BAG, AP Nr. 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung) und Peterek (Peterek, FS für D. Gaul I, S. 184, 192) sprechen im Zusammenhang mit der betrieblichen Übung bei einem dreimaligen, der betrieblichen Übung entgegengesetzten Verhalten des Arbeitgebers, von einer „entgegengesetzten betrieblichen Übung“; siehe hierzu auch Teil 3: A. VIII. 4. a) und b).

⁸⁵⁵ Zur Begriffsbestimmung einer ablösenden verschlechternden Betriebsvereinbarung und einer ablösenden umstrukturierenden Betriebsvereinbarung siehe die nachfolgenden Ausführungen.

1. Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips

Wie bereits im Zusammenhang mit arbeitsvertraglich gewährten übertariflichen Geldzulagen erörtert wurde, können die einzelvertraglich erworbenen Ansprüche auf diese Gelder den Arbeitnehmern nicht durch eine ungünstigere betriebliche Zulagenregelung in Form einer Betriebsvereinbarung wieder teilweise oder gänzlich entzogen werden.⁸⁵⁶ Im Verhältnis zwischen Arbeitsvertrag und ablösender⁸⁵⁷ verschlechternder Betriebsvereinbarung gilt, wie schon aufgezeigt, insofern das Günstigkeitsprinzip.⁸⁵⁸ Da auch die aufgrund Allgemeiner Arbeitsbedingungen erworbenen arbeitnehmerseitigen Ansprüche auf übertarifliche Zulagengelder ihre Rechtsgrundlage im jeweils einzelnen Arbeitsvertrag haben, müßte auch hier das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis zwischen einer diese Ansprüche verschlechternden oder umstrukturierenden Betriebsvereinbarung und dem jeweiligen Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers gelten. Hierzu gibt es jedoch abweichende Meinungen.

a) Die Konzeption des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts: Modifikation des Günstigkeitsprinzips durch einen kollektiven Günstigkeitsvergleich

Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts, der sich mit der Grundsatzfrage der Ablösbarkeit von Allgemeinen Arbeitsbedingungen (explizit der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung und Gesamtzusage) durch eine Betriebsvereinbarung auseinanderzusetzen hatte,⁸⁵⁹ bejahte in seinem grundlegenden Beschluß vom 16.9.1986 die Geltung des Günstigkeitsprinzips für das Betriebsverfassungsgesetz bei „echten“ Individualverträgen uneingeschränkt und bei

⁸⁵⁶ Mit der Ausnahme, daß der jeweilige Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers betriebsvereinbarungsoffen ist.

⁸⁵⁷ Zur begrifflichen Abgrenzung zwischen ablösender und nachfolgender Betriebsvereinbarung siehe Teil 3: A. IX. 2.

⁸⁵⁸ Siehe Teil 3: A. IX. 3. a) und c).

⁸⁵⁹ Aufgrund der weitreichenden und zu einer der zentralen Streitfragen des Arbeitsrechts gehörenden Problematik, ob durch eine verschlechternde Betriebsvereinbarung bestehende allgemeine Arbeitsbedingungen zuungunsten der Arbeitnehmer abgelöst (eingeschränkt oder aufgehoben) werden können, wird diesbezüglich im folgenden nur die herrschende Rechtsprechung des Großen Senats des BAG vom 16.9.1986 näher untersucht. Hinsichtlich der vorherigen übrigen (unterschiedlichen) Rechtsprechung, der mit dieser Thematik befaßten Senate des BAG, muß an dieser Stelle auf die zahlreichen wissenschaftlichen Abhandlungen in der Literatur verwiesen werden; ausführlich hierzu z.B. Dietz/Richardi, BetrVG (6. Auflage), § 77 Rnn. 120 ff.; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rnn. 218 ff.; U. Federlin, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 4 ff.; Höpfner, Die normativen Wirkungen kollektivvertraglicher Inhaltsnormen, S. 21 ff.; Kammerer, Einheitsvertraglich gewährte Gratifikationen, S. 139 f.; Nebel, Die Normen des Betriebsverbandes, S. 223 ff.; Scharmann, Die ablösende Betriebsvereinbarung, S. 95 ff.; Wenzeck, Die verschlechternde Betriebsvereinbarung, S. 187 f.; auch der Große Senat hat in seinem Beschluß vom 19.6.1986 ausführlich Stellung zur früheren Rechtsprechung des BAG genommen.

arbeitsvertraglichen Einheitsregelungen und Gesamtzusagen zumindest im Grundsatz.⁸⁶⁰ Bei letzteren unterscheidet der Große Senat in seinem Beschluß zwei Problembereiche, bei denen er unterschiedliche Maßstäbe zur Ermittlung der Günstigkeit anwendet:

1. Der Arbeitgeber will den Umfang der bisher aufgrund einer arbeitsvertraglichen Einheitsregelung oder Gesamtzusage erbrachten Sozialleistungen durch eine Betriebsvereinbarung einschränken, also Kosten einsparen. Eine Betriebsvereinbarung, mit der diese Zielsetzung verfolgt wird, läßt sich aus der Sicht der Arbeitnehmer als „verschlechternde“ Betriebsvereinbarung kennzeichnen.
2. Der Arbeitgeber will zwar den Gesamtumfang seiner Sozialleistungen beibehalten; sie sollen jedoch durch eine Betriebsvereinbarung nach anderen Gesichtspunkten unter den Arbeitnehmern verteilt werden, als es unter der Geltung der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung oder der Gesamtzusage der Fall war. Auch wenn der finanzielle Dotierungsrahmen nicht verändert wird, können sich aus der Neuverteilung finanzielle Nachteile für den einzelnen Arbeitnehmer ergeben. Eine solche Betriebsvereinbarung wird als „umstrukturierende“ Betriebsvereinbarung bezeichnet.

Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts, der im Betriebsverfassungsgesetz grundsätzlich das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis zwischen Einzelarbeitsvertrag und verschlechternder Betriebsvereinbarung bejaht, wendet dieses Prinzip ebenfalls - wenn auch in modifizierter Form - an, sofern eine ablösende verschlechternde oder ablösende umstrukturierende Betriebsvereinbarung mit Allgemeinen Arbeitsbedingungen (explizit der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung oder der Gesamtzusage) kollidiert.⁸⁶¹ In diesen Kollisionsfällen nimmt er wegen des kollektiven Bezuges der Allgemeinen Arbeitsbedingungen, welcher „die Eigenart der geschützten Rechtsposition eines einzelnen Arbeitnehmers“ kennzeichnet,⁸⁶² für die Inhaltsbestimmung des Günstigkeitsprinzips jedoch keinen individuellen Günstigkeitsvergleich, sondern einen kollektiven Günstigkeitsvergleich vor.⁸⁶³ § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG verlange anders als § 4 Abs. 3 TVG keinen individuellen Günstigkeitsver-

⁸⁶⁰ Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972. Ursprünglich bezog sich die Entscheidung des Großen Senats nur auf Sozialleistungen; dazu zählen aber z.B. keine übertariflichen Geldzulagen in Form von Erschwerniszulagen, da sie in einem unmittelbarem Austauschverhältnis von Arbeitslohn und Arbeitsleistung stehen. Es gibt jedoch keine Gründe die Ratio dieser Rechtsprechung auch auf die übertariflichen Geldzulagen anzuwenden, die im Synallagma von Leistung und Gegenleistung stehen; vgl. dazu auch Teil 2: E. IV. 2.

⁸⁶¹ Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972; Gründe des Bundesarbeitsgerichts für die Geltung des Günstigkeitsprinzips siehe in Teil 3: A. IX. 3. a); im Ergebnis auch Söllner, ArbR, S. 202 f. und 206 f.; ders., Einseitige Leistungsbestimmung, S. 38 f.; ebenso Belling, DB 1987, S. 1888, 1895.

⁸⁶² So BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 4. b) der Gründe.

⁸⁶³ Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 ab C. II. 4. der Gründe.

gleich, vielmehr dürfe nur die Gesamtheit der Leistungen des Arbeitgebers, die aus einem bestimmten Anlaß oder Zweck gewährt würden, vor und nach Abschluß einer Betriebsvereinbarung vergleichsweise gegenübergestellt werden.⁸⁶⁴ Da die Allgemeinen Arbeitsbedingungen nur in ihrer Gesamtheit zu verstehen seien und demzufolge nur generelle Maßstäbe für die Verteilung der Sozialleistungen unter der Belegschaft aufstellten, habe der einzelne Arbeitnehmer nicht aufgrund individueller Umstände, sondern aufgrund eines zugrundeliegenden Bezugssystems einen Anspruch auf diese Leistungen erlangt. Deshalb müsse der Schutzzweck des Günstigkeitsprinzips nach kollektiven Maßstäben bestimmt werden.⁸⁶⁵ Hierfür sei entscheidend darauf abzustellen, ob die wirtschaftlichen Vor- oder Nachteile einer Neuregelung durch die ablösende Betriebsvereinbarung für die Belegschaft insgesamt überwiegen würden. Die individuelle finanzielle Situation eines einzelnen Arbeitnehmers müsse in diesem Zusammenhang unberücksichtigt bleiben, da ansonsten das System der Einheitsregelung scheitern würde.⁸⁶⁶ Auf vorgenannter Interpretation des Günstigkeitsprinzips beruht die Unterscheidung des Großen Senats zwischen einer den Dotierungsrahmen verschlechternden Betriebsvereinbarung und einer den Dotierungsrahmen wahrenden, nur umstrukturierenden Betriebsvereinbarung.⁸⁶⁷

Ausgehend von dem des Beschlusses vom 16.9.1986 zugrundeliegenden Sachverhalt hat der Große Senat bei dem kollektiven Günstigkeitsvergleich zwischen Allgemeinen Arbeitsbedingungen (explizit der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung und der Gesamtzusage) und einer ablösenden Betriebsvereinbarung folgende Grundsätze herausgearbeitet:

Sofern der Arbeitgeber mittels einer ablösenden verschlechternden Betriebsvereinbarung den Gesamtaufwand seiner durch arbeitsvertragliche Einheitsregelung oder durch Gesamtzusage individualrechtlich zugesagten Sozialleistungen insgesamt verringern oder streichen will, stehe das kollektive Günstigkeitsprinzip einer solchen Ablösung entgegen. Folglich würden die vertraglich begründeten Ansprüche einer solchen Betriebsvereinbarung vorgehen.⁸⁶⁸ Von diesem Grundsatz gebe es allerdings insoweit eine Ausnahme, als auch individualrechtliche Loslösungsmöglichkeiten wie ein Widerruf, eine Änderungsvereinbarung oder eine Änderungskündigung bestünden; dieser

⁸⁶⁴ Siehe BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 4. vor a) der Gründe.

⁸⁶⁵ So BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 4. b) der Gründe.

⁸⁶⁶ BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 4. b) der Gründe.

⁸⁶⁷ Wobei sich der Große Senat des BAG im Ergebnis dem Lösungsansatz von Pfarr (Pfarr, BB 1983, S. 2001 ff.) angeschlossen hat.

⁸⁶⁸ Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 4. b) und f) der Gründe.

Freiraum könne dann aber auch durch die Regelungen einer Betriebsvereinbarung ausgestaltet werden.⁸⁶⁹

Falls der Arbeitgeber dagegen mittels einer umstrukturierenden Betriebsvereinbarung unter Aufrechterhaltung des Dotierungsrahmens nur die Verteilungsgrundsätze der Sozialleistungen ändern wolle, stehe das Günstigkeitsprinzip in seiner kollektiven Ausgestaltung einer solchen Ablösung nicht entgegen, selbst wenn dadurch einzelne Arbeitnehmer schlechter gestellt werden sollten. Für die Ablösungsmöglichkeit sei nur entscheidend, daß die Neuregelung insgesamt bei kollektiver Betrachtung keine wirtschaftlichen Nachteile für die Belegschaft zur Folge habe. Die Leistungsansprüche der Arbeitnehmer, die zuvor auf arbeitsvertraglicher Grundlage beruhten, ergäben sich nunmehr aus der Betriebsvereinbarung.⁸⁷⁰ Einzelne, durch eine solche betriebliche Regelung eventuell finanziell schlechter gestellte Arbeitnehmer, bräuchten die Verschlechterung ihrer Rechtspositionen jedoch nur hinzunehmen, wenn für sie die kollektive Ausgestaltung der sozialen Leistungszusage erkennbar gewesen sei.⁸⁷¹ Dies sei stets der Fall, wenn der Arbeitgeber eine Gesamtzusage erteile. Auch bei einer arbeitsvertraglichen Einheitsregelung werde der einzelne Arbeitnehmer regelmäßig erkennen können, daß ihm der Arbeitgeber freiwillige Sozialleistungen nicht aus individuellen Gründen, sondern nur als Mitglied des Betriebes oder einer Arbeitnehmergruppe anbiete.⁸⁷² Trotzdem seien Fälle denkbar, in denen der einzelne Arbeitnehmer, trotz der generell gestalteten Regelung der Sozialleistungen „von einer individuellen Zusage ausgehen“ könne. Wisse nämlich der Arbeitnehmer nichts von dem kollektiven Bezug seines Leistungsanspruches, dürfe er „auf die Vertragstreue des Arbeitgebers und damit auf seinen Besitzstand vertrauen“.⁸⁷³

Das in dem Beschluß vom 16.9.1986 vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts aus dem ursprünglichen Günstigkeitsprinzip entwickelte kollektive Günstigkeitsprinzip hat nicht nur in der Rechtslehre (mit wenigen Ausnahmen) lebhaft Kritik erfahren,⁸⁷⁴ sondern wird auch von anderen Senaten des Bundesarbeitsgerichts in den Begründungen ihrer Entscheidungen weitgehend vermieden. So hat bezeichnenderweise der nach Anrufung des Großen Senats für die Endentscheidung zuständige 8. Senat den vom Großen Senat gewiesenen Weg über das kollektive Günstigkeitsprinzip nicht beschritten,

⁸⁶⁹ BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. IV. der Gründe.

⁸⁷⁰ Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 4. c) der Gründe.

⁸⁷¹ So BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 4. d) der Gründe.

⁸⁷² Siehe BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 4. d) der Gründe.

⁸⁷³ Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 4. d) der Gründe.

⁸⁷⁴ Siehe hierzu die folgenden Ausführungen in Teil 3: B. III. 1. b), c) und d).

sondern stattdessen nun einen kollektiven Änderungsvorbehalt „entdeckt“,⁸⁷⁵ den der 5. Senat in seiner Vorlageentscheidung⁸⁷⁶ zum Beschluß des Großen Senats nicht gesehen hatte. Selbst der Große Senat hat in einer Folgeentscheidung offenbar Bedenken gegen eine Verallgemeinerung der Kollektivierung des Günstigkeitsprinzips bekommen und dessen Geltung auf Sozialleistungen begrenzt, insoweit aber auch bestätigt.⁸⁷⁷

Bezieht man die Überlegungen des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts auf übertarifliche Geldzulagen, so könnte der Arbeitgeber (mit Hilfe des Betriebsrates) folglich mittels einer umstrukturierenden Betriebsvereinbarung einzelnen Arbeitnehmern ihre durch Allgemeine Arbeitsbedingungen arbeitsvertraglich begründeten Ansprüche auf diese Zulagen zukünftig teilweise oder gänzlich entziehen, wenn dies der Belegschaft insgesamt wirtschaftlich zugute kommen würde.

b) Kritik am kollektiven Günstigkeitsprinzip

Das im Zusammenhang mit der Frage der Ablösung Allgemeiner Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts modifizierte, um einen kollektiven Günstigkeitsvergleich ergänzte Günstigkeitsprinzip ist - mit wenigen Ausnahmen - in der Rechtslehre von den Verfechtern dieses Prinzips allseits nur auf Ablehnung gestoßen, wenngleich es im Ergebnis weithin hingenommen wird.⁸⁷⁸ Mitunter sind die diesbezüglich zahlreichen ablehnenden Auffassungen konvergent. Deshalb

⁸⁷⁵ Vgl. BAG, AP Nr. 25 zu § 77 BetrVG 1972.

⁸⁷⁶ Vgl. BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972.

⁸⁷⁷ Siehe BAG, AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972.

⁸⁷⁸ Kritisch bis ablehnend gegen das kollektive Günstigkeitsprinzip, insbes. zu dem vom Großen Senat entwickelten Begriff des kollektiven Günstigkeitsvergleiches: GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rnn. 221 ff.; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 143; ders., NZA 1987, S. 185, 187 f.; Weiss/Weyand, BetrVG, § 77 Rn. 17; U. Federlin, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 70 ff. und 140 ff.; Florig, Die Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen, S. 93 ff.; Kammerer, Einheitsvertraglich gewährte Gratifikationen, S. 143 ff.; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 318 Rnn. 84 ff.; Schmidt, Das Günstigkeitsprinzip, S. 117 f.; Belling, DB 1987, S. 1888, 1890 f.; Blomeyer, DB 1987, S. 634, 636 f.; Däubler, ArbuR 1987, S. 349, 353 ff.; Hermann, ZfA 1989, S. 577, 616 ff.; Hromadka, NZA 1987, Beil. Nr. 3, S. 2, 4 ff.; ders., RdA 1992, S. 235, 248; Joost, RdA 1989, S. 7, 18 ff.; Leinemann, DB 1990, S. 732, 736; ders., BB 1989, S. 1905, 1910 f.; Moll, NZA 1988, Beil. Nr. 1, S. 17, 21 f. und 24; schon vor dem Beschluß des Großen Senats vom 16.9.1986 vgl. Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 38 f.; differenzierend Fastrich (Fastrich, RdA 1994, S. 129, 130 ff.), der zwar das kollektive Günstigkeitsprinzip ablehnt, der aber trotzdem die verschlechternde Betriebsvereinbarung mit dem geltenden Recht für vereinbar hält; in diesem Sinne auch Loritz, ArbR, S. 87; das kollektive Günstigkeitsprinzip befürworten wohl, jedoch ohne eigene Begründung: Etzel, BetrVerfR, Rnn. 1085 ff.; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rnn. 175 ff.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rnn. 93 ff.; mit zustimmender Tendenz Voigt, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 112 ff.

werden im folgenden nur die für wesentlich gehaltenen Kritikpunkte einiger Kritiker des kollektiven Günstigkeitsprinzips, stellvertretend für andere dargestellt.⁸⁷⁹

Leinemann vertritt beispielsweise die Auffassung, der Große Senat gerate mit der Zulässigkeit einer ablösenden umstrukturierenden Betriebsvereinbarung in Widerspruch mit der von ihm behaupteten Kollisionsnorm des § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG, aus der er das kollektive Günstigkeitsprinzip herleitet, wenn er einerseits Allgemeine Arbeitsbedingungen zwar dem Individualrecht zuordne, andererseits aber wegen ihres kollektiven Bezuges einer Umstrukturierung durch Betriebsvereinbarung zugänglich mache. Außerdem könne eine solche Umstrukturierung niemals ohne „Verteilungsoffer“ vonstatten gehen, so daß den jeweils betroffenen Arbeitnehmern vertragliche Rechte genommen würden, die der Große Senat zuvor selbst als unantastbar bezeichnet hatte.⁸⁸⁰

Belling kritisiert an dem vom Großen Senat entwickelten kollektiven Günstigkeitsprinzip hauptsächlich, daß dieses Prinzip nicht mehr dem Schutz der Individualsphäre des einzelnen Arbeitnehmers diene, sondern nur noch dazu, der Belegschaft insgesamt einen kollektiven Besitzstand zu sichern.⁸⁸¹ Dies sei jedoch eine „contradictio in adiecto“.⁸⁸² Er hält es ferner im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip für bedenklich, daß das (kollektive) Günstigkeitsprinzip vom Großen Senat eigentlich nicht mehr als Kollisionsnorm im Sinne des § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG, sondern als Auslegungsregel verstanden werde,⁸⁸³ weil der kollektive Günstigkeitsvergleich nicht sicher erkennen lasse, ob die Normen der Betriebsvereinbarung oder die vertraglichen Regel vorgehen würden.⁸⁸⁴

Hromadka hält das kollektive Günstigkeitsprinzip aus dogmatischer Sicht überhaupt nicht für begründbar. Die Günstigkeit sei nur auf den einzelnen Arbeitnehmer bezogen. „Gesetz, Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung dienen seinem Schutz und nicht dem einer Belegschaft als Kollektiv“.⁸⁸⁵ Der Große Senat bleibe die grundlegende Antwort schuldig, weshalb bei Allgemeinen Arbeitsbedingungen gerade ein kollektiver Günstigkeitsvergleich

⁸⁷⁹ Eine umfassende Darstellung des gesamten Meinungsspektrums würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen.

⁸⁸⁰ So Leinemann, DB 1990, S. 732, 736; ders., BB 1989, S. 1905, 1910 f.

⁸⁸¹ Siehe, Belling, DB 1987, S. 1888, 1895; ebenso Kammerer, Einheitsvertraglich gewährte Gratifikationen, S. 144.

⁸⁸² So Belling, DB 1987, S. 1888, 1895.

⁸⁸³ So auch U. Federlin, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 143.

⁸⁸⁴ Siehe Belling, DB 1987, S. 1888, 1895.

⁸⁸⁵ So Hromadka, NZA 1987, Beil. Nr. 3, S. 3, 5.

dem Schutzzweck des Günstigkeitsprinzips entspreche. Schließlich habe der Arbeitgeber ja keinen „Geldtopf“, sondern konkrete Zusagen an konkrete Arbeitnehmer gemacht.⁸⁸⁶ *Hromadka* bezweifelt, daß das kollektive Günstigkeitsprinzip die Belegschaft überhaupt so zu schützen vermag, wie es das Bundesarbeitsgericht annimmt. Immerhin blieben dem Arbeitgeber genügend anderweitige Loslösungsmöglichkeiten zur Einsparung von Sozialleistungen, wie beispielsweise im Fall übertariflicher Geldzulagen, deren Anrechnung auf eine Tariflohnerhöhung, sofern sie nicht tariffest seien.⁸⁸⁷ Darüber hinaus sieht *Hromadka* eine Schwäche des kollektiven Günstigkeitsprinzips und der hierdurch legitimierten umstrukturierenden Betriebsvereinbarung darin, daß dieses Prinzip die Arbeitnehmer letztlich auch nicht vor einem kollektivrechtlichen Entzug der umstrukturierten Sozialleistung schütze. Dem Arbeitgeber bleibe es nämlich vorbehalten, sich irgendwann mittels einer Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG, von dieser Betriebsvereinbarung und den darin geregelten Sozialleistungen zu entledigen.⁸⁸⁸

Für *Kammerer* stellt sich das kollektive Günstigkeitsprinzip nicht als modifiziertes (individuelles) Günstigkeitsprinzip dar, sondern „als ein in seinem Wesen verfremdetes, denaturiertes Rechtsinstitut, das heißt, als ein ‚aliud‘, das als Rechtsfortbildung contra legem zu bewerten ist, dessen bewirkter Kollektivismus dem einzelnen Arbeitnehmer unverständlich bleiben muß“.⁸⁸⁹ Auch *Kammerer* hält es für bedenklich, wenn im Rahmen des kollektiven Günstigkeitsvergleiches zwischen Allgemeinen Arbeitsbedingungen und einer ablösenden umstrukturierenden Betriebsvereinbarung nur auf das Gesamtinteresse der Belegschaft abgestellt, aber nicht mehr die vertragliche Position des einzelnen Arbeitnehmers gewahrt werde. Dies könnte zur vollumfänglichen Ablösung einzelner arbeitsvertraglicher Ansprüche führen, solange die umstrukturierende Betriebsvereinbarung die Belegschaft insgesamt wirtschaftlich nicht schlechter stelle. Durch diese Disposition der Betriebsparteien würde dem Günstigkeitsprinzip in seiner kollektiven Ausgestaltung

⁸⁸⁶ Hromadka, NZA 1987, Beil. Nr. 3, S. 3, 5; ders., RdA 1992, S. 234, 248.

⁸⁸⁷ Hierzu Hromadka, NZA 1987, Beil. Nr. 3, S. 3, 6.

⁸⁸⁸ Siehe Hromadka, NZA 1987, Beil. Nr. 3, S. 3, 6; ebenso Blomeyer, DB 1987, S. 634, 638; zur Möglichkeit, eine arbeitsvertragliche Einheitsregelung zunächst durch eine Betriebsvereinbarung mit gleichem Dotierungsaufwand abzulösen und diese dann später zu verschlechtern, vgl. BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter B. IV. 2. b) der Gründe.

⁸⁸⁹ So Kammerer, Einheitsvertraglich gewährte Gratifikationen, S. 144; diese Charakterisierung des kollektiven Günstigkeitsprinzips hat er verschiedenen Aufsätzen von Kritikern des modifizierten Günstigkeitsprinzips entnommen, vgl. hierzu Belling, DB 1987, S. 1888, 1892; Blomeyer, in: Hromadka, Änderung, S. 193, 204; ders., DB 1987, S. 634, 637; Hermann, ZfA 1989, S. 577, 619 ff.; Moll, NZA 1988, Beil. Nr. 1, S. 17, 31; Richardi (Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 143) spricht in diesem Zusammenhang von einer Umkehrung des (ursprünglichen) Günstigkeitsprinzips in sein Gegenteil.

daher der Charakter einer begrenzten Eingriffsnorm in bestehende Arbeitsverträge beigemessen,⁸⁹⁰ womit es auch nicht mehr den durch Art. 2 Abs. 1 GG geprägten Zweck, privatautonome Regelungen als Ausdruck der Selbstbestimmtheit zu bewahren,⁸⁹¹ erfüllen könnte.⁸⁹²

Auch *U. Federlin* kritisiert an der kollektiven Ausgestaltung des Günstigkeitsprinzips hauptsächlich, daß hierdurch das arbeitsrechtliche Schutzprinzip nicht in gleichem Umfang wie beim individuellen Günstigkeitsprinzip verwirklicht werden könne. Es sei nämlich immerhin noch möglich, daß einzelne Arbeitnehmer durch eine „umstrukturierende“ Betriebsvereinbarung schlechter gestellt werden könnten. Somit schütze das kollektive Günstigkeitsprinzip in seiner Hauptzielrichtung nicht mehr die Individualsphäre des einzelnen Arbeitnehmers, sondern die Stellung anderer Arbeitnehmer beziehungsweise die Belegschaft in ihrer Gesamtheit.⁸⁹³ Damit werde nicht nur die ursprüngliche Schutzrichtung des Günstigkeitsprinzips - nämlich Schutz des Individuums - fallengelassen, sondern darüber hinaus geradezu in ihr Gegenteil verkehrt.⁸⁹⁴

U. Federlin sieht in dem kollektiven Günstigkeitsvergleich deshalb nicht nur eine Modifikation des individuellen Günstigkeitsprinzips, sondern eine „völlige inhaltliche Veränderung des Günstigkeitsgedankens“⁸⁹⁵. Es sei eine „Überstrapazierung“ des Günstigkeitsgedankens, wenn man ihn in dieser Art und Weise erweitere.⁸⁹⁶ Folglich beurteilt *U. Federlin* das individuelle und kollektive Günstigkeitsprinzip als zwei unterschiedliche Prinzipien, die nichts außer dem Namen und der Tatsache gemeinsam haben, insofern bei beiden ein Günstigkeitsvergleich durchgeführt werde.⁸⁹⁷ Er hält es daher für angebracht, das kollektive Günstigkeitsprinzip eher als kollektives Vergleichsprinzip zu bezeichnen.⁸⁹⁸ Zudem beanstandet *U. Federlin* im Zusammenhang mit der Ablösungsproblematik Allgemeiner Arbeitsbedingungen vor allem die Inkonsequenz des Großen Senats, wenn dieser einerseits zwar den individualrechtlichen Charakter jener Rechtsinstitute anerkennt, sie ande-

⁸⁹⁰ Kammerer, Einheitsvertraglich gewährte Gratifikationen, S. 144; vgl. auch Hermann, ZfA 1989, S. 577, 616.

⁸⁹¹ Vgl. Belling, DB 1987, S. 1888, 1895; Heinze, NZA 1991, S. 329, 333 ff.; Joost, RdA 1989, S. 7, 19.

⁸⁹² Kammerer, Einheitsvertraglich gewährte Gratifikationen, S. 144.

⁸⁹³ U. Federlin, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 78; siehe auch Belling, DB 1987, S. 1888, 1894; Blomeyer, DB 1987, S. 634, 637.

⁸⁹⁴ So U. Federlin, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 78 und 141; ebenfalls Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 143.

⁸⁹⁵ So U. Federlin, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 80.

⁸⁹⁶ So U. Federlin, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 80; vgl. auch Moll, NZA 1988, Beil. Nr. 1, S. 17, 31.

⁸⁹⁷ U. Federlin, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 140.

⁸⁹⁸ So U. Federlin, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 141.

rerseits aber wegen ihres kollektiven Bezuges trotzdem einem kollektiven Günstigkeitsvergleich mit der verschlechternden Betriebsvereinbarung unterzieht.⁸⁹⁹ Dies führe zu dem dogmatisch widersprüchlichen Ergebnis, daß der Große Senat die Allgemeinen Arbeitsbedingungen letztlich in ihrer Wirkung doch als eine „Sonderform“ der Betriebsvereinbarung behandle, obwohl er die Allgemeinen Arbeitsbedingungen eigentlich nicht als selbständige kollektivrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten auf einer Ebene neben der Betriebsvereinbarung sehe.⁹⁰⁰

Eine Sonderstellung im kritischen Meinungsspektrum zum kollektiven Günstigkeitsprinzip nehmen die diesbezüglichen Auffassungen von *Fastrich* und *Zöllner/Loritz* ein.⁹⁰¹ Im Gegensatz zu den vorgenannten Kritikern, die das Günstigkeitsprinzip in seiner kollektiven Ausgestaltung zwar ablehnen, verschlechternde Betriebsvereinbarungen dennoch „de lege lata“ für zulässig erachten, halten diese Autoren verschlechternde Betriebsvereinbarungen unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen und Grenzen nur „de lege ferenda“ für zulässig.⁹⁰² *Fastrich* begründet seine Ansicht wegen der sich aus der Rechtsprechung des Großen Senats ergebenden Ungereimtheiten und wegen der unbestreitbaren Notwendigkeit, bei Allgemeinen Arbeitsbedingungen auf kollektiver Ebene notwendige Anpassungen vornehmen zu können.⁹⁰³ *Zöllner/Loritz* hingegen glauben, daß sich der Arbeitgeber durch Allgemeine Arbeitsbedingungen nicht stärker binden wolle, als wenn er eine entsprechende Regelung in einer Betriebsvereinbarung getroffen hätte. Dies wäre auch für die von einer verschlechternden Betriebsvereinbarung betroffenen Arbeitnehmer erkennbar. Insoweit komme es also nicht darauf an, ob die neue betriebliche Regelung „kollektiv“ nicht ungünstiger sei.⁹⁰⁴

c) Stellungnahme

Hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zwischen einer Betriebsvereinbarung und Allgemeinen Arbeitsbedingungen bestehen, wie die oben geschilderten Auffassungen der Rechtsprechung und der Rechtslehre verdeutlichen, zwei dogmatisch grundverschiedene Rechtspositionen, nämlich, vereinfacht ausgedrückt: 1. die uneingeschränkte Geltung des Günstigkeitsprinzips und 2. die Geltung des Günstigkeitsprinzips nur in einer kollektiven Ausgestal-

⁸⁹⁹ Siehe U. Federlin, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 155.

⁹⁰⁰ So U. Federlin, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 155.

⁹⁰¹ Zöllner/Loritz, ArbR, S. 87; Fastrich, RdA 1994, S. 129 ff.

⁹⁰² Hierzu ausführlich nur Fastrich, RdA 1994, S. 129, 133 ff.; Zöllner/Loritz (Zöllner/Loritz, ArbR, S. 87) bleiben dagegen für ihre Ansicht eine fundierte Begründung schuldig.

⁹⁰³ Vgl. Fastrich, RdA 1994, S. 129, 133 ff.

⁹⁰⁴ So Zöllner/Loritz, ArbR, S. 87.

ung. Wegen der weitreichenden und vielschichtigen Problematiken, die der oben genannte zentrale Streitgegenstand aufwirft, wird die folgende kritische Auseinandersetzung zu den diesbezüglich vertretenen Standpunkten auf die wesentlichen und für die hier vorliegende Untersuchung relevanten Aspekte begrenzt.

Bei ergebnisorientierter Betrachtungsweise ist dem Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts zwar zuzustimmen, wenn er unter dem Maßstab eines kollektiven Günstigkeitsvergleiches eine ablösende verschlechternde Betriebsvereinbarung, welche die auf Allgemeinen Arbeitsbedingungen basierenden arbeitsvertraglichen Ansprüche der Arbeitnehmer auf betriebliche Sozialleistungen teilweise oder gänzlich beseitigen soll, für unzulässig erachtet. Aus dogmatischer Sicht ist für diese rechtliche Schlußfolgerung jedoch nicht das modifizierte, kollektiv ausgestaltete Günstigkeitsprinzip heranzuziehen, sondern das bereits ausführlich behandelte individuelle Günstigkeitsprinzip.⁹⁰⁵ Gänzlich abzulehnen ist dagegen die Auffassung, daß auch unter Berücksichtigung des kollektivierten Günstigkeitsprinzips eine umstrukturierende Betriebsvereinbarung einzelne Arbeitnehmer bezüglich der Sozialleistungen unter Umständen schlechter stellen könnte, sofern die Belegschaft insgesamt wirtschaftlich nicht benachteiligt werde.⁹⁰⁶ Obwohl die umstrukturierende Betriebsvereinbarung in der arbeitsrechtlichen Praxis, gerade im Bereich von Sozialleistungen wie übertariflichen Geldzulagen, nur eine untergeordnete Rolle spielt,⁹⁰⁷ weil der Arbeitgeber mit einer betrieblichen Neuregelung regelmäßig nicht kostenneutral umstrukturieren, sondern kostensparend kürzen oder streichen will, hat der Große Senat mit dem kollektiven Günstigkeitsprinzip ein aufwendiges Lösungskonzept entwickelt, welches weder dogmatisch begründbar⁹⁰⁸ noch notwendig ist.⁹⁰⁹

Bereits die Bezeichnung „kollektives Günstigkeitsprinzip“ stellt einen Widerspruch in sich dar, da das Günstigkeitsprinzip ausschließlich einen individuellen, jedoch keinen kollektiven Vergleichsmaßstab zur Ermittlung der Günstigkeit enthält. Die vom Großen Senat vorgenommene Unterscheidung zwischen individueller und kollektiver Günstigkeit stellt deshalb eine Fehlinterpretation des Günstigkeitsprinzips dar. Richtigerweise handelt es sich hierbei vielmehr um zwei gegensätzliche Prinzipien, die im Grunde nichts außer dem Namen gemein haben. Die Ratio des (ursprünglichen) Günstigkeitsprinzips ist einzig der Schutz des individuellen Interesses des einzel-

⁹⁰⁵ Zum (individuellen) Günstigkeitsprinzip vgl. Teil 3: A. IX. 3.; zur Begründung siehe die folgenden Ausführungen.

⁹⁰⁶ So die Auffassung des Großen Senats des BAG, vgl. Teil 3: B. III. 1. a).

⁹⁰⁷ Vgl. hierzu Kemper, DB 1987, S. 986.

⁹⁰⁸ So auch Hromadka, NZA 1987, Beil. Nr. 3, S. 2, 5 f.

⁹⁰⁹ Belling (Belling, DB 1987, S. 1888, 1889) spricht von einem „Nebenkriegsschauplatz“ auf dem sich der Große Senat des BAG bewege.

nen Arbeitnehmers. Wenn der Große Senat diesen Schutzzweck infolge des kollektiven Bezuges der Allgemeinen Arbeitsbedingungen durch einen kollektiven Günstigkeitsvergleich einschränkt, weil nur noch der Schutz des Belegschaftsinteresses insgesamt als Maßstab für die Günstigkeit herangezogen wird, so stellt dies nicht nur eine Modifikation, sondern sogar eine „völlige inhaltliche Veränderung“⁹¹⁰ des Günstigkeitsprinzips dar. *Kammerer* bezeichnet das kollektive Günstigkeitsprinzip deshalb zu Recht als ein „aliud“.⁹¹¹ *U. Federlin* charakterisiert dieses Prinzip zutreffend als „kollektives Vergleichsprinzip“.⁹¹²

Neben dem schon begrifflichen Ausschluß des kollektiven Günstigkeitsprinzips vermag auch dessen dogmatische Fundierung seitens des Großen Senats wegen einiger nicht zu überwindender Begründungsschwächen und Widersprüchlichkeiten nicht zu überzeugen.⁹¹³ So argumentiert der Große Senat beispielsweise widersprüchlich, wenn er die Allgemeinen Arbeitsbedingungen angesichts der aus ihnen resultierenden vertraglichen Ansprüche einerseits zwar dem Individualrecht zuordnet, diese einzelnen Rechtsinstitute aber wegen ihrer Ablösbarkeit durch eine umstrukturierende Betriebsvereinbarung andererseits faktisch jeweils als Betriebsvereinbarungen „milderer Art“⁹¹⁴ behandelt und damit doch als kollektivrechtliche Normen klassifiziert. Letztlich werden hierdurch zwei Klassen von Vertragsansprüchen (aus Arbeitsvertrag und aus Allgemeinen Arbeitsbedingungen) geschaffen, die ungerechtfertigt für unterschiedlich schutzbedürftig gehalten werden.⁹¹⁵ Ebenso vermag der Große Senat nicht zu erklären, weshalb ein kollektiver und nicht individueller Günstigkeitsvergleich bei Allgemeinen Arbeitsbedingungen dem Schutzzweck des Günstigkeitsprinzips entsprechen soll. Wenn er für die Kollektivierung des Günstigkeitsprinzips maßgeblich auf den kollektiven Bezug der Allgemeinen Arbeitsbedingungen abstellt und dementsprechend nicht auf die einzelnen Zusagen und Besitzstände der Arbeitnehmer, sondern nur den wirtschaftlichen Wert der Zusagen der gesamten Belegschaft als Maßstab für die Günstigkeit heranzieht, so stellt dies keine dogmatische Begründung, sondern schlicht nur eine Behauptung dar. Auch aus der Sicht eines einzelnen Arbeitnehmers, der durch eine Sozialleistungen umstrukturierende Betriebsverein-

⁹¹⁰ So *U. Federlin*, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 80.

⁹¹¹ Siehe *Kammerer*, Einheitsvertraglich gewährte Gratifikationen, S. 144; *Richardi* (*Richardi*, BetrVG, § 77 Rn. 144) spricht von einer Umkehrung des Günstigkeitsprinzips in sein Gegenteil.

⁹¹² *U. Federlin*, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 141.

⁹¹³ Diesbezüglich wird die Kritik wegen der damit verbundenen vielschichtigen Problematik auf die für wesentlich gehaltenen Gesichtspunkte beschränkt. Im Hinblick auf diesen zentralen Streitgegenstand muß insoweit auf das umfangreiche Schrifttum verwiesen werden (vergleiche die Nachweise in Fn. 878).

⁹¹⁴ So *U. Federlin*, Der kollektive Günstigkeitsvergleich, S. 82.

⁹¹⁵ Vgl. hierzu auch Teil 3: B. III. 1. e).

barung wirtschaftlich schlechter gestellt wird, ist ein kollektiver Günstigkeitsvergleich als Schutzzweck des Günstigkeitsprinzips nicht nachvollziehbar. Schließlich hat ihm sein Arbeitgeber mittels der Allgemeinen Arbeitsbedingungen solche arbeitsvertragliche Leistungsansprüche konkret zugesagt. Solange die Umstrukturierung der Sozialleistungen nicht auf seine Kosten geschieht, wird es ihm wohl gleichgültig sein, ob der Arbeitgeber hierdurch die wirtschaftlichen Gesamtinteressen der Belegschaft wahren kann. Aus der für die Bestimmung des Günstigkeitsmaßstabes allein maßgeblichen Sicht des einzelnen Arbeitnehmers, ist es deshalb entscheidend, daß sich dessen Rechtsstellung in Bezug auf die Sozialleistungen durch die umstrukturierende Betriebsvereinbarung nicht nachteilig verändert. Selbst wenn seine Arbeitskollegen infolge der Umstrukturierung diesbezüglich finanziell günstiger als bisher gestellt werden, rechtfertigt dies keinen Einbruch in seine vertraglichen Rechtspositionen.

Das Günstigkeitsprinzip in einer kollektiven Ausgestaltung läuft dem Individualschutz des einzelnen Arbeitnehmers zuwider und kann diese Funktion nicht erfüllen. Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts überspielt mit seiner Terminologie vom „kollektiven Günstigkeitsvergleich“, daß es ihm dem Grunde nach nicht um den Bezugspunkt im Günstigkeitsvergleich, sondern um eine Begrenzung des Günstigkeitsprinzips selbst geht.⁹¹⁶ Er ermittelt anhand eines kollektivbezogenen Kriteriums, wann die normative Kraft der Betriebsvereinbarung (§ 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG) auch den durch Allgemeine Arbeitsbedingungen inhaltlich konkretisierten, den einzelnen Arbeitnehmer begünstigenden, Arbeitsvertrag verdrängt. Da es letztlich im alleinigen Ermessen der Betriebsparteien liegt, die Anzahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren individualvertragliche Ansprüche auf Sozialleistungen im Rahmen der Umstrukturierung zugunsten der gesamten Belegschaft verschlechtert werden müssen, wird vom Großen Senat unter dem „falschen Etikett“ des kollektiven Günstigkeitsprinzips auch die von ihm eigentlich für unzulässig erachtete verschlechternde Betriebsvereinbarung, wenn auch begrenzt, der Sache nach zugelassen.

Das vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts in richterlicher Rechtsfortbildung entwickelte kollektive Günstigkeitsprinzip, als Modifikation des ursprünglichen Günstigkeitsprinzips, ist somit im Ergebnis abzulehnen. Den einzelnen Arbeitnehmern können ihre auf Allgemeinen Arbeitsbedingungen basierenden individualvertraglichen Ansprüche auf Sozialleistungen (auch übertarifliche Geldzulagen) weder durch eine ablösende verschlechternde noch durch eine ablösende umstrukturierende Betriebsvereinbarung teilweise oder gänzlich entzogen werden. Im Verhältnis zwischen solchen Betriebsver-

⁹¹⁶ So auch Fastrich, RdA 1994, S. 129, 131; er hält in diesem Zusammenhang die Bezeichnung „kollektiver Günstigkeitsvergleich“ für einen verbalen Kunstgriff des Großen Senats.

einbarungen und den einzelnen Arbeitsverträgen kann nur das individuelle Günstigkeitsprinzip Anwendung finden.

d) Negierung des Günstigkeitsprinzips durch die Vertreter der Theorie der Normsetzungsprärogative

Wie bereits im Zusammenhang mit der Ablösung von einzelvertraglichen Abreden durch eine verschlechternde Betriebsvereinbarung erörtert,⁹¹⁷ wurde vom 6. Senat des Bundesarbeitsgerichts und einem noch heute dieser Rechtsprechung - wenn auch in modifizierter Form - folgenden Teil der Rechtslehre die Auffassung vertreten, daß die auf Allgemeinen Arbeitsbedingungen basierenden vertraglichen Ansprüche durch eine Betriebsvereinbarung verschlechtert werden könnten.⁹¹⁸ Die Vertreter dieser Auffassung, die auch als Theorie der Normsetzungsprärogative bezeichnet wird, lehn(t)en im Zusammenhang mit diesen Rechtsinstituten die Geltung des Günstigkeitsprinzips im Betriebsverfassungsrecht grundsätzlich ab.⁹¹⁹ Auch verschlechternde Betriebsvereinbarungen müßten den Vorrang vor günstigeren Allgemeinen Arbeitsbedingungen genießen, da den Betriebspartnern für die Befugnis zum Abschluß solcher Betriebsvereinbarungen die Kompetenz durch das Betriebsverfassungsgesetz eingeräumt sei.⁹²⁰

Der 6. Senat des Bundesarbeitsgerichts war der Ansicht, daß Arbeitgeber und Betriebsrat nur im Rahmen des erzwingbaren Mitbestimmungskataloges des § 87 Abs. 1 BetrVG durch eine ablösende Betriebsvereinbarung einheitliche, aber auch individuelle vertragliche Rechte, verschlechtern könnten.⁹²¹ So, wie der Betriebsrat im Rahmen des § 87 BetrVG notfalls mit Hilfe der Einigungsstelle die individualrechtliche Position des Arbeitgebers verschlechtern könne, so korrespondiere dem auch die Möglichkeit des Eingriffs in individual-

⁹¹⁷ Siehe hierzu Teil 3: A. IX. 3. b).

⁹¹⁸ Bei der vom 12.8.1982 stammenden Entscheidung des BAG ging es speziell um die Verschlechterung von einheitsvertraglich vereinbarten Sozialleistungen. In der Rechtslehre: Reichold, Betriebsverfassung als Sozialrecht, S. 521 f; Blomeyer, NZA 1985, S. 641 ff.; ders., DB 1987, S. 634 ff.; Buchner, DB 1983, S. 877 ff.; D. Gaul, BB 1984, S. 931 ff.; Jobs, DB 1986, S. 1120 ff.; Joost, RdA 1989, S. 7 ff.; Leinemann, DB 1985, S. 1394 ff.; Löwisch, DB 1983, S. 1709 ff.; ders., RdA 1985, S. 209 ff.; ders., ZGR 1984, S. 272 ff.; Reuter, ZfA 1975, S. 85 ff.; Richardi, RdA 1983, S. 278 ff.; Säcker, AR-Blattei D, Betriebsvereinbarung I, D. II. 4. d) bb). Die Vertreter der Theorie der Normsetzungsprärogative lösen damit das Problem einer nur umstrukturierenden Betriebsvereinbarung inzident.

⁹¹⁹ Leinemann (Leinemann, DB 1985, S. 1394, 1397) lehnt sogar das Günstigkeitsprinzip im Betriebsverfassungsrecht gänzlich ab.

⁹²⁰ Vgl. z.B. Leinemann, DB 1985, S. 1394, 1397.

⁹²¹ Damit wird inzident eine umstrukturierende Betriebsvereinbarung mit eingeschlossen, selbst wenn diese vertragliche Positionen einzelner Arbeitnehmer verschlechtert.

rechtliche Rechte der repräsentierten Arbeitnehmer.⁹²² Dagegen könnten im Bereich der freiwilligen Mitbestimmung gemäß § 88 BetrVG Betriebsvereinbarungen vertragliche Arbeitnehmerrechte nicht verschlechtern, es sei denn, der Arbeitsvertrag gestatte dies und wäre damit „betriebsvereinbarungsoffen“. Dies ergebe sich einerseits für den Arbeitgeber aus der Privatautonomie, andererseits für den Betriebsrat aus der eingeräumten Kompetenz des § 88 BetrVG. In diesem Bereich der Mitbestimmung nehme der Betriebsrat als Repräsentant die Interessen der Belegschaft wahr, was wiederum mit dem Verbot einhergehe, Betriebsvereinbarungen abzuschließen, die einzelvertragliche Rechte der betroffenen Arbeitnehmer schmälern. Zum Abschluß einer Betriebsvereinbarung, welche darauf keine Rücksicht nehme, fehle ihm die Kompetenz.⁹²³

Innerhalb der Theorie der Normsetzungsprärogative wird neben dem von der Rechtsprechung des 6. Senats vertretenen Vorrang der Betriebsautonomie im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG, in der Rechtslehre auch ein genereller, die Mitbestimmungstatbestände von §§ 87 Abs. 1 und 88 BetrVG umfassender Vorrang der Betriebsvereinbarung vor Allgemeinen Arbeitsbedingungen angenommen.⁹²⁴

Hanau und *Löwisch* folgern dies aus einer unter Praktikabilitätsabwägungen gebotenen Gleichbehandlung der Mitbestimmungstatbestände der §§ 87 Abs. 1 und 88 BetrVG. Beide sind der Auffassung, daß eine Differenzierung zu dem wenig sinnvollen Ergebnis führen würde, daß eine Neuregelung von Allgemeinen Arbeitsbedingungen durch den Abschluß einer ablösenden Betriebsvereinbarung nur teilweise möglich wäre und im Bereich des § 88 BetrVG durch Änderungskündigungen ersetzt werden müßte.⁹²⁵ *Hanau* vertritt in diesem Zusammenhang die Ansicht, daß der Betriebsrat, soweit ihm Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten zustehen, sein umfassendes Eingriffsrecht in die Vertragsrechte der Arbeitnehmer in deren Interesse wahrnehme. Dies lasse sich anhand der betrieblichen Praxis erkennen, in der häufig der Betriebsrat einer ablösenden Betriebsvereinbarung zustimme.⁹²⁶ *Löwisch* hingegen folgert die Zulässigkeit einer Verschlechterung All-

⁹²² BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 4. b) der Gründe.

⁹²³ Vgl. BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 4. a) der Gründe; Leinemann (Leinemann, DB 1985, S. 1394, 1397) folgt dieser Ansicht uneingeschränkt; Jobs (Jobs, DB 1986, S. 1120, 1124) allerdings nur für einheitsvertragliche Regelungen.

⁹²⁴ D. Gaul, BB 1984, S. 931 ff.; Hanau, gemeins. Anm. zu BAG, AP Nrn. 4 und 6 zu § 77 BetrVG 1972, Bl. 3, 5 ff.; Joost, RdA 1989, S. 7 ff.; Löwisch, DB 1983, S. 1709 ff.; ders., RdA 1985, S. 209 ff.; ders., ZGR 1984, S. 272 ff.; Reuter, ZfA 1975, S. 85 ff.; Rühle, ZIP 1984, S. 411 ff.; Säcker, AR-Blattei D, Betriebsvereinbarung I, D. II. 4. d) bb).

⁹²⁵ Hanau, gemeins. Anm. zu BAG, AP Nrn. 4 und 6 zu § 77 BetrVG 1972, Bl. 3, 8; Löwisch, DB 1983, S. 1709, 1711; siehe auch Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 13.

⁹²⁶ So Hanau, gemeins. Anm. zu BAG, AP Nrn. 4 und 6 zu § 77 BetrVG 1972, Bl. 3, 6 f.

gemeiner Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarungen im Rahmen der Mitbestimmungstatbestände der §§ 87 Abs. 1 und 88 BetrVG aus § 2 Abs. 1 BetrVG, wonach der Betriebsrat als Vertreter der Arbeitnehmerinteressen auf „das Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes“ verpflichtet wird. Dieser gesetzlichen Verpflichtung zum Kompromiß könne er nur gerecht werden, wenn ihm die Befugnis zustehe, im Interesse der Gesamtbelegschaft und des weiteren „Gedeihens des Betriebes“ auch einmal verschlechternd in die einheitsvertraglich verbürgten Ansprüche bestimmter Arbeitnehmer beziehungsweise Arbeitnehmergruppen einzuwirken.⁹²⁷

Auch *Säcker* spricht sich bei der Frage der Ablösung einer arbeitsvertraglichen Einheitsregelung durch eine verschlechternde Betriebsvereinbarung, für eine umfassende Regelungskompetenz des Betriebsrates aus. Das Regelungsinstrument der Betriebsvereinbarung wäre „stumpf“, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat nicht das Recht hätten, vertragliche Einheitsregelungen in ihr gewünschtes Konzept einzubeziehen und gegebenenfalls abzuändern.⁹²⁸

Reuter schließt die Anwendung des Günstigkeitsprinzips im Betriebsverfassungsgesetz aufgrund der Ordnungsfunktion der Betriebsvereinbarung aus.⁹²⁹ Der Wille der Betriebsparteien sei auf die Errichtung einer generellen Gesamtordnung gerichtet. Der Betriebsrat habe als Instrument der Betriebseinheitlichkeit die Kollektivinteressen der Belegschaft zu wahren und sei bei der Wahrnehmung der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechte nicht an die Interessen konkret betroffener Arbeitnehmer gebunden. *Reuter* bezeichnet dies als die organisatorisch-institutionelle Abhängigkeit des Arbeitnehmers.⁹³⁰ Daher sei es durchaus möglich, daß das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates zur Verwirklichung des kollektiven Interesses der Gesamtheit der Arbeitnehmer zu Lasten einzelner ausgeübt werde. Ansonsten würde der Betriebsrat bei der Koordinierung aller Einzelinteressen behindert.⁹³¹

Gaul wiederum führt die Verschlechterungsmöglichkeit Allgemeiner Arbeitsbedingungen durch eine Betriebsvereinbarung auf die dem Betriebsrat eingeräumte Organstellung zurück. Vergleichbar mit einem Konkursverwalter, werde dem Betriebsrat eine gesetzliche Verpflichtungsermächtigung zugewiesen, die ihm eingeräumten Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte zu Gunsten, wie zu Lasten der Arbeitnehmerschaft auszuüben.⁹³²

⁹²⁷ Löwisch, DB 1983, S. 1709, 1710; ders., RdA 1985, S. 209, 216; ders., ZGR 1984, S. 272, 284; ebenso Rühle, ZIP 1984, S. 411, 415.

⁹²⁸ Säcker, AR-Blattei D, Betriebsvereinbarung I, D. II. 4. d) bb).

⁹²⁹ Reuter, ZfA 1975, S. 85 ff.; ebenso Jobs, DB 1986, S. 1120, 1121.

⁹³⁰ Reuter, ZfA 1975, S. 85, 88.

⁹³¹ Vgl. Reuter, ZfA 1975, S. 85, 87 f.

⁹³² D. Gaul, BB 1984, S. 931, 932.

Joost sieht in den gesetzlichen Mitbestimmungszuständigkeiten des Betriebsrates schließlich eine gesetzliche Garantie der jederzeitigen Ablösbarkeit von abweichenden Regelungen, die nicht durch Allgemeine Arbeitsbedingungen verdrängt werden können.⁹³³

e) Stellungnahme

Folgt man der Rechtsprechung des 6. Senats⁹³⁴ und geht davon aus, daß Arbeitgeber und Betriebsrat nur im Rahmen des erzwingbaren Mitbestimmungskataloges des § 87 Abs. 1 BetrVG Allgemeine Arbeitsbedingungen durch eine ablösende Betriebsvereinbarung verschlechtern können, so scheidet im Fall der Gewährung übertariflicher Geldzulagen durch Allgemeine Arbeitsbedingungen eine solche Schlechterstellung der Arbeitnehmer hinsichtlich dieser Zulagen aus. Wie bereits im Zusammenhang mit einzelvertraglich zugesagten übertariflichen Geldzulagen erörtert wurde, bezieht sich das erzwingbare Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Zulagen-gewährung nach Ansicht der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Rechtslehre nicht auf die Höhe des arbeitgeberseitigen finanziellen Aufwandes für diese zusätzlichen freiwilligen Leistungen. Die betriebliche Mitbestimmung umfaßt also nicht die Festlegung des Dotierungsrahmens, sondern nur die Aufstellung diesbezüglicher Entlohnungsgrundsätze. Es steht in der mitbestimmungsfreien Entscheidung des Arbeitgebers, ob und in welchem Umfang er finanzielle Aufwendungen für übertarifliche Geldzulagen betreiben will. Dies bringt die „Topftheorie“ zum Ausdruck.⁹³⁵ Dem Betriebsrat steht hinsichtlich dieser Fragen, wie im vorhergehenden erwähnt, nur ein freiwilliges Mitbestimmungsrecht nach § 88 BetrVG zu.⁹³⁶ Diese Grundsätze gelten entsprechend für eine betriebliche Geldzulagenregelung in Form einer (verschlechternden) Betriebsvereinbarung. Auch bei dieser Gewährungsmöglichkeit hat der Betriebsrat im Rahmen seines erzwingbaren Mitbestimmungsrechtes aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht über die Höhe des Zulagenvolumens mitzubestimmen. Dem zufolge können die in Allgemeinen Arbeitsbedingungen geregelten übertariflichen Geldzulagen nicht durch eine ablösende Betriebsvereinbarung verschlechtert werden. Aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG kann kein Ab-lösungsrecht für eine verschlechternde Betriebsvereinbarung gefolgert werden, da dieses sonst weiter als der Mitbestimmungstatbestand reichen würde.⁹³⁷ Folg-

⁹³³ Joost, RdA 1989, S. 7, 17 f.

⁹³⁴ Der Rspr. des 6. Senats (BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972) folgt Leinemann (Leinemann, DB 1985, S. 1394, 1397) uneingeschränkt; Jobs (Jobs, DB 1986, S. 1120, 1124), allerdings nur für einheitsvertragliche Regelungen.

⁹³⁵ Ausführlich zur „Topftheorie“ in Teil 2: D. IV. 1.

⁹³⁶ Das sieht auch der 6. Senat in seiner Entscheidung so, vgl. BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 1. der Gründe.

⁹³⁷ Siehe Pfarr, BB 1983, S. 2001, 2003; Richardi, RdA 1983, S. 278, 283.

lich kann aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auch hier nicht auf einen Ausschluß des Günstigkeitsprinzips geschlossen werden. Außerdem hat der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts, wie schon erörtert, in seiner Leitentscheidung vom 16.9.1986 die vom 6. Senat vertretene Theorie der Normsetzungsprärogative verworfen, so daß dessen Rechtsprechung als revidiert gilt.

Nach Auffassung der übrigen Vertreter der Normsetzungsprärogative, die von einem generellen, die Mitbestimmungstatbestände von §§ 87 Abs. 1 und 88 BetrVG umfassenden Vorrang der Betriebsvereinbarung vor Allgemeinen Arbeitsbedingungen ausgehen,⁹³⁸ könnten Arbeitgeber und Betriebsrat durch den Abschluß einer verschlechternden Betriebsvereinbarung die durch Allgemeine Arbeitsbedingungen gewährten übertariflichen Geldzulagen teilweise oder gänzlich beseitigen. Schließlich könnten danach durch freiwillige Betriebsvereinbarungen nach § 88 BetrVG weitere Maßnahmen über die Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs. 1 BetrVG hinaus dem obligatorischen Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates unterworfen werden, soweit nicht das tarifliche oder gesetzliche Vorrangprinzip berührt wird (§ 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG).⁹³⁹ Da der Gewährung übertariflicher Geldzulagen in einer Betriebsvereinbarung, wie bereits dargelegt, weder gesetzliche noch tarifliche Regelungen entgegenstehen,⁹⁴⁰ könnte der Betriebsrat demzufolge in der verschlechternden Betriebsvereinbarung auch über die Höhe des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten übertariflichen Zulagenvolumens mitbestimmen, wodurch dann diese Betriebsvereinbarung Vorrang vor den übertariflichen Geldzulagen regelnden „günstigeren“ Allgemeinen Arbeitsbedingungen hätte. Ebenso könnten die Betriebsparteien eine umstrukturierende Betriebsvereinbarung abschließen, die bei unverändertem Dotierungsrahmen nur die Umverteilung dieser Zulagen regelt, selbst wenn dabei einzelne Arbeitnehmer finanziell schlechter gestellt würden.

Obwohl die Vertreter der Theorie der Normsetzungsprärogative unterschiedliche dogmatische Ansätze haben und diese zum Teil zu unterschiedlichen Ergebnissen hinsichtlich der Verschlechterung der auf Allgemeinen Arbeitsbedingungen basierenden vertraglichen übertariflichen Geldzulagenansprüchen durch eine Betriebsvereinbarung führen, zielen die zuvor geschilderten Ansichten letztlich darauf ab, die Abänderung von günstigen Allgemeinen Arbeitsbedingungen durch Ausübung der dem Betriebsrat eingeräumten Mitbestimmungsrechte zu ermöglichen, da sonst deren Leerlauf dro-

⁹³⁸ Vgl. D. Gaul, BB 1984, S. 931 ff.; Hanau, gemeins. Anm. zu BAG, AP Nrn. 4 und 6 zu § 77 BetrVG 1972, Bl. 3, 5 ff.; Joost, RdA 1989, S. 7 ff.; Löwisch, DB 1983, S. 1709 ff.; ders., RdA 1985, S. 209 ff.; ders., ZGR 1984, S. 272 ff.; Reuter, ZfA 1975, S. 85 ff.; Rühle, ZIP 1984, S. 411 ff.; Säcker, AR-Blattei D, Betriebsvereinbarung I, D. II. 4. d) bb).

⁹³⁹ Siehe Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke/Klebe, BetrVG, § 88 Rn. 1; Schaub, ArbR, S. 1940.

⁹⁴⁰ Siehe Teil Teil 2: D. III.

he⁹⁴¹, und die Bedeutung der Betriebsvereinbarung als das zentrale Regelungselement des Betriebsverfassungsgesetzes abgewertet werde.⁹⁴² Damit wird stillschweigend vorausgesetzt, daß die betriebliche Mitbestimmung die jederzeitige Ablösbarkeit von vertraglichen Regelungen erfordere, und ohne weiteres ein Vorrang des Kollektivrechts bejaht werden müsse.⁹⁴³ Unabhängig davon, welcher Auffassung man sich innerhalb der Theorie der Normsetzungsprärogative anschließt, ist dieser Theorie aus mehreren Gründen grundsätzlich nicht zu folgen:

Gemäß der Theorie der Normsetzungsprärogative können durch die betriebliche Normsetzungsbefugnis der Betriebsparteien nur kollektive, jedoch nicht individuelle Regelungen gesetzt und verdrängt werden.⁹⁴⁴ Die Abänderung günstiger Allgemeiner Arbeitsbedingungen durch eine verschlechternde Betriebsvereinbarung und die damit zusammenhängende Ablehnung des Günstigkeitsprinzips im Betriebsverfassungsrecht beruht deshalb maßgeblich darauf, daß die Vertreter der Theorie der Normsetzungsprärogative die Allgemeinen Arbeitsbedingungen als kollektivrechtliche oder zumindest als „quasi-kollektivrechtliche“ Regelungen qualifizieren. So wird beispielsweise die arbeitsvertragliche Einheitsregelung von *Reuter* als kollektivrechtliche Norm qualifiziert, wobei sich dieser vor allem auf die faktische Ähnlichkeit der betrieblichen Ordnungen stützt, die durch die arbeitsvertragliche Einheitsregelung und durch die Betriebsvereinbarung geschaffen werden.⁹⁴⁵ Die Gesamtzusage wiederum wird von *Hilger* als eigenständiger kollektivrechtlicher Gestaltungsfaktor gesehen, der schuldrechtlich, nicht normativ, auf betrieblicher Ebene einheitliche Regelungen schaffe.⁹⁴⁶ Die Mehrzahl der Autoren charakterisiert die Allgemeinen Arbeitsbedingungen dagegen als „quasi-kollektivrechtliche“ Regelungen. Sie ignorieren zwar nicht den individualrechtlichen Charakter der Allgemeinen Arbeitsbedingungen, behandeln sie aber - was ihre Abänderbarkeit zum Nachteil der Arbeitnehmer betrifft -

⁹⁴¹ So die Ratio von BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972; Blomeyer, NZA 1985, S. 641, 645; Buchner, DB 1983, S. 877, 883; Joost, RdA 1989, S. 7, 17.

⁹⁴² Vgl. Buchner, DB 1983, S. 877, 883; Löwisch, DB 1983, S. 1709, 1710 f.

⁹⁴³ So ausdrücklich Blomeyer zu Belling, in: Wandel der Arbeitswelt, S. 119, 125 f.; vgl. auch Joost, RdA 1989, S. 7, 16 f.

⁹⁴⁴ Hierzu Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 11; Jobs, DB 1986, S. 1120, 1124; Löwisch, DB 1983, S. 1709 ff.; Martens, RdA 1983, S. 217, 224 f.; Schulin, DB 1984, Beil. Nr. 10, S. 1, 3; a.A. sind der 6. Senat des BAG (BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972) und Leinemann (Leinemann, DB 1985, S. 1394, 1396 f.), die von einer auch individuelle Regelungen verdrängenden Wirkung der Betriebsvereinbarung ausgehen.

⁹⁴⁵ Siehe Reuter, gemeins. Anm. zu BAG, SAE 1983, S. 201, 202 f.

⁹⁴⁶ Vgl. Hilger, Ruhegeld, S. 58 ff. und 68 ff.; ebenso Karakatsanis, Die kollektivrechtliche Gestaltung, S. 36 ff.

trotzdem wie eine Betriebsvereinbarung.⁹⁴⁷ Säcker und Löwisch qualifizieren beispielsweise die arbeitsvertragliche Einheitsregelung als „quasi-kollektivrechtliche“ Regelung, wobei sie auf deren kollektives Erscheinungsbild abstellen. Die arbeitsvertragliche Einheitsregelung sei als generelles Regelungs-
werk aufzufassen.⁹⁴⁸ Die Unterscheidung zwischen Betriebsvereinbarung und arbeitsvertraglicher Einheitsregelung solle vom Vertrauensschutz her gesehen nur formaler Natur sein.⁹⁴⁹

Den Vertretern der Theorie der Normsetzungsprärogative, welche die Allgemeinen Arbeitsbedingungen entweder als kollektivrechtliche oder „quasi-kollektivrechtliche“ Regelungen qualifizieren und sie damit auf die betriebliche Ebene neben die Betriebsvereinbarung stellen, ist hinsichtlich ihrer rechtlichen Charakterisierung dieser Rechtsinstitute nicht zu folgen. Wie bereits dargestellt, ist eine kollektivrechtliche Qualifizierung Allgemeiner Arbeitsbedingungen weder mit den Grundsätzen des Betriebsverfassungsrechts noch mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinbar, da die kollektive Rechtsetzung allein in Form des Tarifvertrages und der Betriebs- oder Dienstvereinbarung möglich ist.⁹⁵⁰ Allgemeine Arbeitsbedingungen sind auch nicht als „quasi-kollektivrechtliche“ Regelungen aufzufassen. Bei diesen Rechtsinstituten einerseits den individualrechtlichen Charakter anzuerkennen, sie andererseits aber bei ihrer Abänderung zum Nachteil der Arbeitnehmer der Betriebsvereinbarung gleichzustellen, ist eine rechtsdogmatisch unpräzise Qualifizierung, die zu einer Ansiedelung dieser Gestaltungsmittel in einem juristischen „Nebelfeld“ führt. Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat im Zusammenhang mit der Ablösung einer arbeitsvertraglichen Einheitsregelung durch eine Betriebsvereinbarung zutreffend festgestellt, daß auch praktische Schwierigkeiten bei dieser Ablösung für sich allein genommen nicht dazu berechtigen, die Unterscheidung von vertragsrechtlichen und kollektivrechtlichen Gestaltungsmitteln (arbeitsvertragliche Einheitsregelung als „quasi-kollektivrechtliches“ Gestaltungsmittel) aufzugeben.⁹⁵¹

⁹⁴⁷ In Bezug auf die arbeitsvertragliche Einheitsregelung vgl. Säcker, Gruppenautonomie, S. 91 f. und 313 f.; Ahrend, FS für Hilger und Stumpf, S. 17, 24 ff.; Ahrend/Förster/Rhmann, DB 1982, S. 224, 226; Buchner, DB 1983, S. 877, 883; Falkenberg, DB 1984, S. 875, 879; Löwisch, DB 1983, S. 1709, 1710; Schulin, DB 1983, Beil. Nr. 10, S. 1, 10 f.; in Bezug auf die betriebliche Übung vgl. z.B. Gamillscheg, FS für Hilger und Stumpf, S. 227, 235.

⁹⁴⁸ Hierzu Säcker, Gruppenautonomie, S. 91 f. und 313 f.; Löwisch, DB 1983, S. 1709, 1710.

⁹⁴⁹ So ausdrücklich Löwisch, DB 1983, S. 1709, 1710.

⁹⁵⁰ GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 6; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 18; ders., Kollektivgewalt, S. 303; ders., RdA 1983, S. 201, 211; Brox, Grundbegriffe, S. 21 f.; Schaub, ArbR, S. 161 ff.; Schmid/Trenk-Hinterberger, ArbR, S. 49 f.; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 31 f.; Zöllner/Loritz, ArbR, S. 65 ff.; siehe auch z.B. Teil 2: A. II. 2. b) cc).

⁹⁵¹ Siehe BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 1. c) der Gründe.

Wie bereits am Beispiel der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung im Zusammenhang mit übertariflichen Geldzulagen erörtert wurde, ist die Gewährung dieser Zulagen durch Allgemeine Arbeitsbedingungen ebenso der individualrechtlichen Ebene zuzuordnen, wie ihre Gewährung durch Individualarbeitsvertrag.⁹⁵² Dies ist bedingt durch die generell-konkrete Natur der Zulagengewährung, da diese Maßnahme des Arbeitgebers für eine Vielzahl konkreter Arbeitsverhältnisse gilt.⁹⁵³ Der individualrechtliche Charakter ändert sich auch nicht dadurch, daß Allgemeine Arbeitsbedingungen im Gegensatz zur „echten“ individuellen Vereinbarung darüber hinaus einen kollektiven Bezug haben, weil sie für alle Arbeitnehmer eines Betriebes oder zumindest für abgrenzbare Arbeitnehmergruppen inhaltlich identisch gestaltet sind. Im Fall der übertariflichen Geldzulagengewährung zeigt sich dieser kollektive Bezug darin, daß der Arbeitgeber aufgrund der Vielzahl der Arbeitsverhältnisse, die von der Zulagenregelung betroffen sind, aus Praktikabilitätsgründen für die Verteilung der Gelder generell-abstrakte Entlohnungsgrundsätze und Verteilungskriterien aufstellt. Dieser Unterschied zum Individualarbeitsvertrag hinsichtlich des kollektiven Bezuges ändert jedoch nichts an der Rechtsgrundlage Allgemeiner Arbeitsbedingungen. Ihre Kennzeichnung als vertragliche Einheitsregelung, Gesamtzusage oder betriebliche Übung besagt nichts über die Rechtsnatur der durch sie begründeten Ansprüche; die Bezeichnung weist nur auf die Besonderheiten bei der Begründung der Ansprüche hin. Diese sind vertragliche Ansprüche und unterscheiden sich insoweit nicht von individualvertraglich begründeten Ansprüchen.⁹⁵⁴ Bei der rechtlichen Qualifizierung der Allgemeinen Arbeitsbedingungen ist folglich allein auf die Rechtsnatur der durch sie begründeten Ansprüche abzustellen. In diesem Zusammenhang ist die aufgrund des kollektiven Bezuges betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung des Betriebsrates unbeachtlich. Zwischen der individualrechtlichen Begründung der Ansprüche und der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung ist streng zu unterscheiden.⁹⁵⁵ Dies machen jedoch die Vertreter der Normsetzungsprerogative gerade nicht. Einerseits

⁹⁵² Vgl. Teil 2: D. II. 2.

⁹⁵³ Siehe hierzu Teil 2: D. II. 2.

⁹⁵⁴ Std. Rspr. seit BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter B. III. der Gründe; z.B. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 1. a) der Gründe; vgl. auch die h. M. in der Lit. z.B. Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 220; Belling, Günstigkeitsprinzip, S. 128 f.; vgl. auch Söllner, ArbR, S. 201 f.; ders., Einseitige Leistungsbestimmung, S. 30 ff. und 34 ff.

⁹⁵⁵ Deshalb kommt es für die hier vorliegende Frage hinsichtlich der Geltung des Günstigkeitsprinzips im Verhältnis zwischen Allgemeinen Arbeitsbedingungen und einer ablösenden verschlechternden Betriebsvereinbarung auch gar nicht darauf an, ob die in einer solchen Betriebsvereinbarung geregelten Angelegenheiten der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegen (§ 87 Abs. 1 BetrVG) oder nur als freiwillige Betriebsvereinbarungen (§ 88 BetrVG) zustande kommen. Dies sah auch der Große Senat des BAG in seiner Leitentscheidung vom 16.9.1986 so, vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 3. der Gründe.

erkennen sie zwar den individualrechtlichen Charakter der Allgemeinen Arbeitsbedingungen an, andererseits stellen sie diese aber aufgrund ihres kollektiven Bezuges und der damit verbundenen betrieblichen Mitbestimmung des Betriebsrates auf eine Ebene mit der Betriebsvereinbarung. Sie unterscheiden also im Ergebnis letztlich zwischen „echten“ arbeitsvertraglich begründeten Ansprüchen und solchen, die aus Allgemeinen Arbeitsbedingungen resultieren. Während sie bei den „echten“ Einzelabreden eine Ablösbarkeit durch eine verschlechternde Betriebsvereinbarung ablehnen, befürworten sie diese bei Allgemeinen Arbeitsbedingungen.⁹⁵⁶ Dadurch werden aber die durch Allgemeine Arbeitsbedingungen begründeten vertraglichen Ansprüche von den Vertretern der Normsetzungsprärogative zu Vertragsansprüchen „zweiter Klasse“ beziehungsweise minderer Qualität degradiert.

In rechtsdogmatischer Hinsicht ist es jedoch nicht nachvollziehbar, daß die Geltung des Günstigkeitsprinzips und der hierdurch bewirkte Schutz des Arbeitnehmers vor den Betriebsparteien davon abhängen soll, ob ein vertraglicher Anspruch aus einer Einzelabrede oder aus Allgemeinen Arbeitsbedingungen mit einer verschlechternden Betriebsvereinbarung kollidiert. Für die Sicherung durch das Günstigkeitsprinzip kann es keine Rolle spielen, ob der Arbeitgeber aus Gründen der Rationalisierung und der Gerechtigkeit im Betrieb mit anderen Arbeitnehmern gleichlautende oder verhältnismäßig aufeinander abgestimmte Verträge abschließt. In beiden Fällen sind die daraus resultierenden Rechtspositionen der Arbeitnehmer gleichermaßen schutzbedürftig. Würden die Vertreter der Normsetzungsprärogative den individualrechtlichen Charakter der Allgemeinen Arbeitsbedingungen nicht nur nicht ignorieren, sondern auch akzeptieren und nicht mit mitbestimmungsrechtlichen Komponenten vermischen und damit der kollektivrechtlichen Ebene zugänglich machen, kämen auch sie zu dem Ergebnis, daß durch Allgemeine Arbeitsbedingungen begründete vertragliche Ansprüche nicht durch eine ablösende Betriebsvereinbarung verschlechtert werden können.⁹⁵⁷

Schon allein aufgrund der einerseits falschen (kollektivrechtlichen), andererseits rechtsdogmatisch unpräzisen und inkonsequenten („quasi-kollektivrechtlichen“) Behandlungsweise der Allgemeinen Arbeitsbedingungen, ist

⁹⁵⁶ Vgl. Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 11; Jobs, DB 1986, S. 1120, 1124; Löwisch, DB 1983, S. 1709 ff.; Martens, RdA 1983, S. 217, 224 f.; Schulin, DB 1984, Beil. Nr. 10, S. 1, 3.

⁹⁵⁷ Sie räumen ja selbst ein, daß individualvertragliche Rechte nicht durch eine Betriebsvereinbarung abgelöst werden können, vgl. etwa Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 11; Jobs, DB 1986, S. 1120, 1124; Löwisch, DB 1983, S. 1709 ff.; Martens, RdA 1983, S. 217, 224 f.; Schulin, DB 1984, Beil. Nr. 10, S. 1, 3. Im Fall der Reduzierung übertariflicher Geldzulagen kommt ein Teil der Vertreter der Normsetzungsprärogative auch zu diesem Ergebnis, aber nur weil dem Betriebsrat ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG fehlt, sinngem. vgl. BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 1. der Gründe; Leinemann, DB 1985, S. 1394, 1397; siehe auch Jobs, DB 1986, S. 1120, 1124.

der innerhalb der Theorie der Normsetzungsprärogative vertretene Vorrang ablösender verschlechternder Betriebsvereinbarungen vor den Rechtsinstituten der Allgemeinen Arbeitsbedingungen abzulehnen.

Auch die Kernaussagen der Theorie der Normsetzungsprärogative, daß die betriebliche Mitbestimmung die jederzeitige Ablösbarkeit Allgemeiner Arbeitsbedingungen erfordere und damit ohne weiteres ein Vorrang des Kollektivrechts bejaht werden müsse,⁹⁵⁸ sind abzulehnen. Dies läßt sich mit dem Regelungszweck der betrieblichen Mitbestimmung, unabhängig davon, ob es sich um Angelegenheiten der erzwingbaren Mitbestimmung (§ 87 Abs. 1 BetrVG) oder der freiwilligen Mitbestimmung (§ 88 BetrVG) handelt, begründen. Zunächst ist festzuhalten, daß die betriebliche Mitbestimmung von verschiedenen Regelungsprinzipien durchzogen ist. Einerseits ist es Zweck der Mitbestimmung, das Recht auf freie Selbstentfaltung des Arbeitnehmers zu schützen und zu fördern (§§ 2 Abs. 1 und 75 Abs. 2 BetrVG). Die Betriebsparteien sind bei Ausübung ihrer betrieblichen Normsetzungsbefugnis dem Wohl und der freien Entfaltung des einzelnen Arbeitnehmers verpflichtet. Andererseits beruht die Ausgestaltung des Betriebsrates als repräsentatives Organ der Belegschaft auf dem gegensätzlichen Prinzip der Vertretung kraft Gesetzes.⁹⁵⁹ Die Regelungszwecke beider Prinzipien sind jedoch nicht als Widerspruch zu begreifen, sondern miteinander in Einklang zu bringen und als Unterstützung der privatautonomen Regelungsfreiheit der Arbeitnehmer und nicht als deren Beschränkung aufzufassen. Der Betriebsrat nimmt als Betriebsverfassungsorgan der Belegschaft lediglich deren kollektive Interessen wahr. An einer dementsprechenden Ermächtigung für die jeweils individuellen Interessen der einzelnen Arbeitnehmer läßt es das Betriebsverfassungsgesetz dagegen fehlen, so daß eine Einwirkung zu Lasten individualvertraglicher Rechte der Arbeitnehmer nicht in Betracht kommt und nach dem Regelungszweck der Betriebsverfassung auch nicht in Betracht kommen kann.⁹⁶⁰ Die an der selbständigen Arbeitnehmerpersönlichkeit orientierte Betriebsverfassung (vergleiche § 75 BetrVG) verlangt vielmehr, daß sich der Arbeitsvertrag, welcher den belegschaftsangehörigen Arbeitnehmern begünstigende Regelungen zusagt, gegenüber kollektivrechtlichen verschlechternden Regelungen durchsetzt. Die Betriebsparteien haben bei der Ausübung ihrer betrieblichen Normsetzungsbefugnis die auf individualrechtlicher Ebene bestehenden Interessen zu wahren. Somit ist aus den Mitbestimmungstatbeständen sowohl im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG als auch im Bereich der freiwilligen Mitbestimmung nach

⁹⁵⁸ So ausdrücklich Blomeyer zu Belling, in: Wandel der Arbeitswelt, S. 119, 125 f.; ebenso z.B. Joost, RdA 1989, S. 7, 16 f.

⁹⁵⁹ Richardi, Betriebsverfassung und Privatautonomie, S. 25 f.

⁹⁶⁰ Vgl. auch Heinze, ZfA 1988, S. 53, 79.

§ 88 BetrVG kein Vorrang des Kollektivrechtes vor arbeitsvertraglichen Ansprüchen, auch nicht denen durch Allgemeine Arbeitsbedingungen begründeten, zu folgern.

Die Regelungsinhalte der §§ 87 Abs. 1 und 88 BetrVG erschöpfen sich in der Ausgestaltung des Mitbestimmungsverfahrens, gewähren jedoch keine Eingriffsbefugnisse in günstigere arbeitsvertragliche Rechte der belegschaftsangehörigen Arbeitnehmer. Deshalb schränkt der Regelungszweck der betrieblichen Mitbestimmung die Geltung des Günstigkeitsprinzips im Betriebsverfassungsrecht nicht ein.⁹⁶¹

Da die durch Allgemeine Arbeitsbedingungen begründeten Ansprüche, wie bereits erläutert, der individualrechtlichen Ebene zuzurechnen sind, ist das Günstigkeitsprinzip, wie beim Einzelarbeitsvertrag, auch bei der Kollision von günstigen Allgemeinen Arbeitsbedingungen mit einer ablösenden verschlechternden Betriebsvereinbarung anzuwenden. So läßt es sich, wie zuvor erörtert, mit dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip nur schwer in Einklang bringen, daß es dem Arbeitgeber durch die Einschaltung des Betriebsrates als Repräsentant der Arbeitnehmer möglich sein soll, ohne Kündigung die bestehenden Arbeitsverträge der Arbeitnehmer nachteilig und selbst gegen deren erklärten Willen abzuändern, obwohl derselbe Vorgang im direkten Verhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien rechtlich nicht möglich wäre. Weiterhin ist zu bedenken, daß durch einen Ausschluß des Günstigkeitsprinzips im Verhältnis zwischen Allgemeinen Arbeitsbedingungen und einer verschlechternden Betriebsvereinbarung die Betriebspartner das Recht hätten, die von ihnen getroffene Regelung als Höchstbedingung festzulegen. Ihre Regelungskompetenz würde demnach weiter reichen als die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien. Während bei einer tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen günstigere vertragliche Abreden wirksam blieben, wäre dies bei betrieblichen Regelungen nicht der Fall.⁹⁶²

Insgesamt bleibt somit festzuhalten, daß die durch Allgemeine Arbeitsbedingungen arbeitsvertraglich begründeten Ansprüche nicht durch eine ablösende Betriebsvereinbarung verschlechtert werden können. Bei einer Kollision günstiger Allgemeiner Arbeitsbedingungen mit einer verschlechternden Betriebsvereinbarung findet das Günstigkeitsprinzip Anwendung. Dem Arbeitgeber ist es somit nicht gestattet, die durch Allgemeine Arbeitsbedingungen arbeitsvertraglich begründeten Geldzulagenansprüche der Arbeitnehmer durch

⁹⁶¹ Siehe Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rnn. 166 ff.; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rnn. 199 ff.; Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke/Klebe, BetrVG, § 77 Rnn. 7 f.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 89; die verneinende Ansicht der Voraufgabe wird ausdrücklich aufgegeben; v. Hoyningen-Huene, Betriebsverfassungsrecht, S. 214 f.; Jahnke, Tarifautonomie und Mitbestimmung, S. 113; Raatz, DB 1972, Beil. Nr. 1, S. 1, 4.

⁹⁶² Siehe Teil 3: A. IX. 3. c).

eine ablösende verschlechternde Betriebsvereinbarung teilweise oder gänzlich zu beseitigen.⁹⁶³ Durch das Verbot der verschlechternden Betriebsvereinbarung wird dem Arbeitgeber gerade im Fall von arbeitsvertraglichen Einheitsregelungen oder Gesamtzusagen die Möglichkeit genommen, sich einerseits als großer Gönner übertariflicher Geldzulagen zu gerieren, andererseits aber bei der teilweisen oder gänzlichen Beseitigung dieser Zulagen den Betriebsrat erstmals in die Mitverantwortung zu nehmen und sich so, trotz des Geldzulagenabbaus, gegenüber der Belegschaft betriebspolitisch möglichst vorteilhaft darzustellen.

2. Betriebsvereinbarungsoffener Arbeitsvertrag

Nach herrschender Auffassung gilt das Günstigkeitsprinzip nicht gegenüber den durch Allgemeine Arbeitsbedingungen inhaltlich gestalteten Arbeitsverträgen, sofern diese betriebsvereinbarungsoffen sind, das heißt, von vornherein unter dem Vorbehalt einer Regelung durch eine ablösende verschlechternde Betriebsvereinbarung stehen.⁹⁶⁴ Sinn und Zweck eines solchen Vorbehaltes sind die mögliche Anpassung betriebseinheitlicher Arbeitsbedingungen an sich ständig verändernde wirtschaftliche Umstände durch andere betriebseinheitliche Regelungen (Betriebsvereinbarungen). Einer „Versteinerung“ Allgemeiner Arbeitsbedingungen soll so vorgebeugt werden. Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seinem Beschluß vom 16.9.1986 ausdrücklich darauf hingewiesen, daß im Wege einer arbeitsvertraglichen Einheitsregelung gewährte Allgemeine Arbeitsbedingungen abgebaut werden können, sofern die vertragliche Einheitsregelung einen entsprechenden Vorbehalt enthält.⁹⁶⁵ Auch der 6. Senat hat in seinem Urteil vom 12.8.1982 zutreffend darauf hingewiesen, Einzelarbeitsverträge könnten „betriebsvereinbarungsoffen“ sein.⁹⁶⁶

Der Vorbehalt einer ablösenden verschlechternden Betriebsvereinbarung kann individualrechtlich ausdrücklich zwischen den Arbeitsvertragsparteien vereinbart sein, indem auf bestehende oder jeweilige Betriebsvereinbarungen verwiesen wird. Aber auch stillschweigend kann eine Verschlechterung der

⁹⁶³ Damit eingeschlossen sind auch umstrukturierende Betriebsvereinbarungen, welche die Rechtspositionen einzelner Arbeitnehmer auf Kosten der Gesamtinteressen der Belegschaft verschlechtern, da in diesen Fällen das Günstigkeitsprinzip Anwendung findet.

⁹⁶⁴ Siehe z.B. BAG, AP Nr. 25 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 3. b) der Gründe; AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 1. c) der Gründe; AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 4. b) der Gründe; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 168; Florig, Die Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen, S. 106 ff.; Ahrend/Förster/Rühmann, BB 1987, Beil. Nr. 7, S. 1, 11; Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 21 f.; Falkenberg, DB 1984, S. 875, 879; Hromadka, NZA 1987, Beil. Nr. 3, S. 2, 11; Kemper, DB 1987, S. 986, 987.

⁹⁶⁵ Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 1. c) und IV. 1. der Gründe.

⁹⁶⁶ Siehe BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 4. a) der Gründe.

Allgemeinen Arbeitsbedingungen durch eine ablösende Betriebsvereinbarung vorbehalten sein.⁹⁶⁷ Wenn individualrechtlich die Voraussetzungen für einen Widerrufsvorbehalt vorliegen, kann der Arbeitgeber diesen Vorbehalt sozusagen durch Betriebsvereinbarung ausüben.⁹⁶⁸

Neben den betriebsvereinbarungsoffenen Arbeitsverträgen hat der Arbeitgeber auch beim Wegfall der Geschäftsgrundlage die Möglichkeit, mit Hilfe einer ablösenden verschlechternden Betriebsvereinbarung die auf Allgemeinen Arbeitsbedingungen basierenden vertraglichen Ansprüche der Arbeitnehmer auf übertarifliche Geldzulagen teilweise oder gänzlich zu beseitigen.⁹⁶⁹ Geben ihm ein Widerrufsvorbehalt oder ein Wegfall der Geschäftsgrundlage das Recht zum Widerruf der gesamten übertariflichen Geldansprüche, beläßt es der Arbeitgeber in der ablösenden Betriebsvereinbarung letztlich aber bei einer Kürzung dieser Ansprüche, so wird die Auslegung im Zweifel ergeben, daß für die Restansprüche die Rechtsgrundlage ausgetauscht sein soll. Die gekürzten Geldansprüche der Arbeitnehmer beruhen also nunmehr (allein) auf der Betriebsvereinbarung. Kann der Arbeitgeber die übertariflichen Geldzulagen dagegen nur kürzen, dann bleibt für den nicht kürzbaren Teil der arbeitsvertragliche Anspruch erhalten, gleichgültig wie die Betriebsvereinbarung gefaßt ist.

3. Kompensation des Günstigkeitsprinzips durch die konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit der Arbeitsverträge

Durch die von der herrschenden Meinung befürwortete arbeitgeberseitige Möglichkeit, sich die Verschlechterung Allgemeiner Arbeitsbedingungen auch konkludent vorzubehalten, wird die vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Hilfe des Günstigkeitsprinzips dogmatisch fundierte Beschränkung einer Allgemeine Arbeitsbedingungen verschlechternden ablösenden Betriebsvereinbarung wieder weitgehend kompensiert. Sind nämlich die den Allgemeinen Arbeitsbedingungen zugrundeliegenden Arbeitsverträge betriebsvereinbarungsoffen, ergeben sich beim Abschluß einer ablösenden verschlechternden Betriebsvereinbarung dieselben Rechtsfolgen wie bei der Ablösung einer bestehenden Betriebsvereinbarung durch eine nachfolgende verschlechternde. Unstreitig gilt in diesem Fall das Günstigkeitsprinzip nicht.⁹⁷⁰ Darüber hinaus verliert die vom Großen Senat vorgenommene und mit unterschiedlichen Rechtsfolgen versehene Unterscheidung zwischen umstrukturierender und verschlechternder Betriebsvereinbarung jede Bedeutung.

⁹⁶⁷ So BAG, AP Nr. 25 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 3. b) der Gründe; ausführlich hierzu Florig, Die Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen, S. 109 ff. m.w.N.

⁹⁶⁸ So Wenzek, Die verschlechternde Betriebsvereinbarung, S. 174 und 195.

⁹⁶⁹ Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. III. 2. und C. IV. der Gründe.

⁹⁷⁰ Siehe hierzu Teil 3: C. VII. 2.

Ob der Große Senat in seiner Entscheidung vom 19.6.1986 diese weitreichenden Rechtsfolgen beachtet und gewollt hat, ist zu bezweifeln. Schließlich sieht er für die Kürzung oder Streichung von Sozialleistungen⁹⁷¹, die auf Allgemeinen Arbeitsbedingungen basieren, wegen des vertraglichen Charakters dieser Rechtsinstitute übereinstimmende Abänderungsverträge, gleichlautende Änderungskündigungen oder die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage als die primären Gestaltungsmittel an.⁹⁷²

Die weitgehende Kompensierung des Günstigkeitsprinzips wird dadurch begünstigt, daß die seit der Entscheidung des Großen Senats zeitlich nachfolgende Rechtsprechung und Ansicht der Rechtslehre die Vereinbarung konkludenter Änderungsvorbehalte hinsichtlich einer Verschlechterung mittels ablösenden Betriebsvereinbarungen durch allzu großzügige Auslegung der den Allgemeinen Arbeitsbedingungen zugrundeliegenden Arbeitsverträgen annimmt.⁹⁷³ *Richardi* stellt bei der Heranziehung der Grundsätze über die ergänzende Vertragsauslegung darauf ab, ob der Arbeitnehmer sich redlicherweise auf einen Vorbehalt hätte einlassen müssen.⁹⁷⁴ *Florig* spricht im Zusammenhang mit Allgemeinen Arbeitsbedingungen sogar von einer „inhärenten Betriebsvereinbarungsoffenheit“.⁹⁷⁵ Auch *Moll* nimmt zumindest im Falle der arbeitsvertraglichen Einheitsregelung die Möglichkeit eines generellen Verschlechterungsvorbehaltes an.⁹⁷⁶

Die genannten Ansichten sind allerdings abzulehnen. Beispielsweise ist im Zusammenhang mit einer arbeitsvertraglichen Einheitsregelung die Tatsache, daß der Arbeitgeber eine bestimmte Abmachung in gleicher Weise mit zahlreichen anderen Belegschaftsangehörigen trifft, kein ausreichendes Indiz dafür, die vorweggenommene Einwilligung des Arbeitnehmers mit einer Verschlechterung durch Betriebsvereinbarung anzunehmen. Darüber hinaus birgt die Möglichkeit eines konkludenten Verschlechterungsvorbehaltes, der den Allgemeinen Arbeitsbedingungen sogar inhärent sein soll,⁹⁷⁷ die Gefahr einer

⁹⁷¹ Die Entscheidungsgründe des Großen Senats gelten auch für übertarifliche Geldzulagen, siehe Teil 3: A. IX. 3. a).

⁹⁷² Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. IV. der Gründe.

⁹⁷³ Vgl. BAG, AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG Ablösung; AP Nr. 25 zu § 77 BetrVG 1972; AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenze; LAG Düsseldorf, ausgeführt in BAG, AP Nr. 43 zu § BetrVG 1972; im Ergebnis ebenso *Florig* (*Florig*, Die Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen, S. 109 ff.), der eine „inhärente Betriebsvereinbarungsoffenheit“ bei den durch Allgemeine Arbeitsbedingungen gestalteten Arbeitsverträgen annimmt; *Moll*, NZA 1988, Beil. Nr. 1, S. 17, 20 f.; schon vor der Entscheidung des Großen Senats vom 19.6.1986 *Hueck/Nipperdey/Stahlhacke*, TVG, § 4 Rn. 216.

⁹⁷⁴ *Richardi*, Kollektivgewalt, S. 404.

⁹⁷⁵ *Florig*, Die Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen, S. 109 ff.

⁹⁷⁶ *Moll*, NZA 1988, Beil. Nr. 1, S. 17, 20 f.

⁹⁷⁷ Vgl. *Florig*, Die Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen, S. 109 ff.

völligen Aushebelung des Günstigkeitsprinzips, das im Verhältnis zwischen Allgemeinen Arbeitsbedingungen und ablösenden verschlechternden Betriebsvereinbarungen gilt.⁹⁷⁸ Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet also diesbezüglich aus.⁹⁷⁹ Demzufolge sind auch eine „inhärente“ Betriebsvereinbarungsoffenheit oder ein genereller Verschlechterungsvorbehalt abzulehnen. Nur so kann die völlige Aushebelung des Günstigkeitsprinzips (auch des kollektiven) im Verhältnis zwischen Allgemeinen Arbeitsbedingungen und einer ablösenden verschlechternden Betriebsvereinbarung vermieden werden. Daß auch das Bundesarbeitsgericht die Gefahr einer Aushebelung des Günstigkeitsprinzips durch generell betriebsvereinbarungsoffene Arbeitsverträge erkannte und dieser Entwicklung einen „Riegel“ verschieben wollte, beweist eine neuere Entscheidung vom 20.11.1990.⁹⁸⁰ Hier sah das Bundesarbeitsgericht im Zusammenhang mit der Prüfung einer Ruhegeldordnung immanenten Einspruchsordnung in den steuerunschädlichen Widerrufsvorbehalten kein Argument für die Annahme einer Betriebsvereinbarungsoffenheit.⁹⁸¹ Ebenso leitet es aus dem Umstand, daß der Gesamtbetriebsrat im Einzelfall über betriebliche Versorgungsansprüche mitzubestimmen hatte, keine Kompetenz zur Befugnis einer generellen Ablösung ab.⁹⁸²

Ob das Bundesarbeitsgericht durch die Absage einer generellen Betriebsvereinbarungsoffenheit die Verdrängung des Günstigkeitsprinzips zwischen Allgemeinen Arbeitsbedingungen und ablösenden verschlechternden Betriebsvereinbarungen aus dem Betriebsverfassungsrecht verhindern kann, ist zu bezweifeln. Schließlich kann sich der Arbeitgeber die Betriebsvereinbarungsoffenheit im Arbeitsvertrag oder bei der Gewährung der übertariflichen Zulage ausdrücklich vorbehalten. Wie die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in diesem Zusammenhang beweist, ist die ausdrückliche Vereinbarung betriebsvereinbarungsoffener Arbeitsverträge bis heute jedoch noch die Ausnahme. Bis zum Zeitpunkt der Entscheidung vom 20.11.1990⁹⁸³ hatte sich das Bundesarbeitsgericht vorwiegend mit konkludent vereinbarten Verschlechterungsvorbehalten zu beschäftigen.

⁹⁷⁸ Hierzu ausführlich Fastrich, RdA 1994, S. 129, 132.

⁹⁷⁹ Ebenso Säcker (Säcker, Gruppenautonomie, S. 302 ff., insbes. 305 f.), der in derartigen Fällen die Annahme eines Vorbehaltes fiktiv hält. Es fehle an einer rechtssatzmäßig fundierten normativen Wertung, um einen derartigen Vorbehalt zu unterstellen; für eine entsprechende Rechtsfortbildung fehle ein Bedürfnis.

⁹⁸⁰ Vgl. BAG, AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Ablösung.

⁹⁸¹ So BAG, AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter B. I. 3. a) der Gründe.

⁹⁸² BAG, AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter B. I. 3. b) der Gründe.

⁹⁸³ BAG, AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Ablösung.

4. Inhaltskontrolle einer ablösenden „verschlechternden“ oder ablösenden „umstrukturierenden“ Betriebsvereinbarung

a) Vorbemerkung

Sollen die durch die Allgemeinen Arbeitsbedingungen arbeitsvertraglich begründeten arbeitnehmerseitigen Ansprüche auf übertarifliche Geldzulagen unter der Voraussetzung der Betriebsvereinbarungsoffenheit der Arbeitsverträge mittels einer ablösenden verschlechternden Betriebsvereinbarung allen Arbeitnehmern oder mittels einer ablösenden umstrukturierenden Betriebsvereinbarung zumindest einzelnen Arbeitnehmern teilweise oder gänzlich entzogen werden, ist zu untersuchen, ob die betreffende Betriebsvereinbarung zum Schutze der Arbeitnehmer einer Inhaltskontrolle unterzogen werden muß.

Es ist in der Rechtsprechung und Rechtslehre zwar allgemein anerkannt, daß ablösende und nachfolgende⁹⁸⁴ Betriebsvereinbarungen zum Schutz der Arbeitnehmer einer gerichtlichen Inhaltskontrolle bedürfen; wie und anhand welcher Maßstäbe diese Kontrolle vorzunehmen ist, ist aber stark umstritten. So wird von Judikatur und Literatur unterschiedlich beurteilt, ob bei der gerichtlichen Inhaltskontrolle diese Betriebsvereinbarungen einer abstrakten oder konkreten Billigkeitskontrolle⁹⁸⁵,

⁹⁸⁴ Zur gerichtlichen Inhaltskontrolle nachfolgender Betriebsvereinbarungen siehe Teil 3: C. VII. 3.

⁹⁸⁵ Vgl. BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt LS 2 und unter B. II. und IV. 3. b) der Gründe; AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG 1952 unter III. 2. c) der Gründe; AP Nr. 84 zu § 611 BGB Gratifikation unter 4. der Gründe; AP Nr. 1 zu § 77 BetrVG 1972 Auslegung LS 2 und unter 2. der Gründe; AP Nr. 11 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unverfallbarkeit unter II. 2. der Gründe; AP Nr. 15 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unverfallbarkeit unter 1. der Gründe; AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Unterstützungskassen LS 3 und unter II. 3. der Gründe; AP Nr. 11 zu § 112 BetrVG 1972 unter II. 2. c) der Gründe; AP Nr. 12 zu § 112 BetrVG 1972 unter II. 3. der Gründe; AP Nr. 21 zu § 112 BetrVG 1972 unter 2. der Gründe; AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 3. der Gründe; AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 LS 1 und unter C. II. 4. b) und 5. der Gründe; AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Ablösung LS 1 und unter B. II. 2. der Gründe; AP Nr. 4 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter B. II. 1. b) der Gründe; AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG Ablösung LS 2 und unter II. der Gründe; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 53; Schwerdtner, ZfA 1975, S. 171, 194 f.; Staschik, Grundfragen zur Betriebsvereinbarung, S. 63 ff.; so damals noch Richardi, Anm. zu BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Bl. 9, 12. In neueren Entscheidungen hat das Bundesarbeitsgericht nicht mehr die Billigkeit als Maßstab zur Inhaltskontrolle von Betriebsvereinbarungen herangezogen, sondern den Maßstab von Treu und Glauben, und diese Kontrolle als Rechtskontrolle bezeichnet. Trotzdem wird weiterhin zumindest eine konkrete Billigkeitskontrolle vorgenommen. Der Sache nach hat sich nur die Bezeichnung, nicht aber die Art und Weise der gerichtlichen Inhaltskontrolle geändert; vgl. hierzu z.B. BAG, AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung LS 2 und unter 2. a) der Gründe; AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Ablösung LS 3 und unter I. der Gründe; AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Ablösung LS 2 und unter II. der Gründe; AP Nr. 15 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter II. der Gründe; AP Nr. 21 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 24 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter I. 2. der Gründe; beachte allerdings die jüngste Rspr. des BAG vom 8.10.1991 (BAG, AP Nr. 38 zu § 5 BetrAVG) und vom 21.1.1997 (BAG,

einer Ermessenskontrolle⁹⁸⁶ oder aber nur einer bloßen Rechtskontrolle⁹⁸⁷ zu unterziehen sind. Im folgenden werden zunächst kurz die einzelnen Kontrollmaßstäbe skizziert und im Anschluß daran geprüft, ob und wenn ja, inwieweit ablösende „verschlechternde“ (und nachfolgende) Betriebsvereinbarungen einer gerichtlichen Inhaltskontrolle unterliegen.

b) Billigkeitskontrolle

Die Arbeitsgerichte unterziehen seit der Leitentscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 30.1.1970⁹⁸⁸ Betriebsvereinbarungen in ständiger Rechtsprechung einer allgemeinen gerichtlichen Billigkeitskontrolle.⁹⁸⁹ Diese Billigkeitskontrolle soll nicht nur bei der Verschlechterung von Allgemeinen Ar-

AP Nr. 64 zu § 77 BetrVG 1972), in der das BAG eine nachfolgende beziehungsweise ablösende Betriebsvereinbarung ausdrücklich der gerichtlichen Billigkeitskontrolle unterwirft; vgl. BAG, AP Nr. 38 zu § 5 BetrAVG LS 1 und unter II. 2. c) der Gründe; AP Nr. 64 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 1. b) der Gründe; gleichfalls im Fall einer ablösenden Betriebsvereinbarung ausdrücklich für eine Billigkeitskontrolle BAG, AP Nr. 3 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt unter I. 1. und 3. der Gründe.

⁹⁸⁶ Z.B. MünchArbR-Bd. 3, Richardi, § 319 Rn. 81, wobei Richardi (Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 116) in jüngster Zeit aber von einer auch auf § 75 BetrVG bezogenen Rechtskontrolle ausgeht.

⁹⁸⁷ Z.B. Richardi (Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 116), der nicht nur eine reine Rechtskontrolle, sondern auch „eine Billigkeitskontrolle, wie sie in § 75 BetrVG beschrieben ist“, befürwortet; v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit, S. 166; ders., BB 1992, S. 1640, 1642; Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 154 ff.; Leinemann, in: Hromadka, Änderung, S. 145, 150; Blomeyer, DB 1984, S. 926, 927.

⁹⁸⁸ BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

⁹⁸⁹ Vgl. BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt LS 2 und unter B. II. und IV. 3. b) der Gründe; AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG 1952 unter III. 2. c) der Gründe; AP Nr. 11 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unverfallbarkeit unter II. 2. der Gründe; AP Nr. 15 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unverfallbarkeit unter 1. der Gründe; AP Nr. 84 zu § 611 BGB Gratifikation unter 4. der Gründe; AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Unterstützungskassen LS 3 und unter II. 3. der Gründe; AP Nr. 11 zu § 112 BetrVG 1972 unter II. 2. c) der Gründe; AP Nr. 12 zu § 112 BetrVG 1972 unter II. 3. der Gründe; AP Nr. 21 zu § 112 BetrVG 1972 unter 2. der Gründe; AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 3. der Gründe; AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 LS 1 und unter C. II. 4. b) und 5. der Gründe; AP Nr. 64 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 1. b) der Gründe; AP Nr. 1 zu § 77 BetrVG 1972 Auslegung LS 2 und unter 2. der Gründe; AP Nr. 3 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt unter I. 1. und 3. der Gründe; AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Ablösung LS 1 und unter B. II. 2. der Gründe; AP Nr. 4 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter B. II. 1. b) der Gründe; AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG Ablösung LS 2 und unter II. der Gründe; AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Ablösung LS 3 und unter I. der Gründe; AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Ablösung LS 2 und unter II. der Gründe; AP Nr. 15 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter II. der Gründe; AP Nr. 21 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 24 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter I. 2. der Gründe; AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung LS 2 und unter 2. a) der Gründe; AP Nr. 38 zu § 5 BetrAVG LS 1 und unter II. 2. c) der Gründe.

beitsbedingungen⁹⁹⁰ oder früheren Betriebsvereinbarungen⁹⁹¹ gelten, sondern allgemein für jede Betriebsvereinbarung.⁹⁹²

Anfänglich wurde die Billigkeitskontrolle vom Bundesarbeitsgericht schwerpunktmäßig anhand von Ansprüchen, Anwartschaften und Aussichten aus der betrieblichen Altersversorgung entwickelt.⁹⁹³ Zumindest nachfolgende Betriebsvereinbarungen wurden aber bereits mit der Entscheidung vom 25.3.1971 zum Schutze der Arbeitnehmer einer allgemeinen Billigkeitskontrolle unterzogen.⁹⁹⁴ Für ablösende Betriebsvereinbarungen wurde vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner Leitentscheidung vom 16.9.1986 die Ausdehnung der Billigkeitskontrolle auf andere Sozialleistungen als solche der betrieblichen Altersversorgung ebenfalls uneingeschränkt bejaht.⁹⁹⁵

In Anlehnung an die Billigkeitskontrolle von Arbeitsverträgen wurde die zunächst abstrakte Billigkeitskontrolle von Betriebsvereinbarungen vom Bundesarbeitsgericht unter anderem aus dem Rechtsgedanken des § 315 Abs. 3 BGB hergeleitet.⁹⁹⁶ Zunächst wurde diese Kontrolle mit einer gestörten Vertragsparität zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat begründet. Wegen der „schwächeren“ und vom Arbeitgeber grundsätzlich abhängigen Stellung des Betriebsrates wurde eine solche gerichtliche Inhaltskontrolle von Betriebsvereinbarungen für erforderlich gehalten.⁹⁹⁷ Allerdings wurde die gestörte Vertragsparität der Betriebsparteien als Grundlage der abstrakten Billigkeitskontrolle, insbesondere nach Inkrafttreten des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 mit dem besonderen Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder nach

⁹⁹⁰ Vgl. hierzu z.B. BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt; AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Ablösung; AP Nrn. 4, 17 und 64 zu § 77 BetrVG 1972; AP Nr. 3 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt.

⁹⁹¹ Siehe hierzu z.B. BAG, AP Nr. 12 zu § 112 BetrVG 1972; AP Nrn. 9, 13, 21, 24 zu § 1 BetrAVG Ablösung.

⁹⁹² Vgl. hierzu z.B. BAG, AP Nr. 84 zu § 611 BGB Gratifikation m.w.N.

⁹⁹³ Siehe dazu BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB m.w.N.

⁹⁹⁴ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 5 zu 57 BetrVG 1952.

⁹⁹⁵ Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 5. der Gründe. Ursprünglich bezog sich die Entscheidung des Senats nur auf Sozialleistungen; dazu zählen aber z.B. keine übertariflichen Geldzulagen in Form von Erschwerniszulagen, da sie in einem unmittelbaren Austauschverhältnis von Arbeitslohn und Arbeitsleistung stehen. Es gibt jedoch keine Gründe die Ratio dieser Rechtsprechung auch auf die übertariflichen Geldzulagen anzuwenden, die im Synallagma von Leistung und Gegenleistung stehen; vgl. dazu auch Teil 2: E. IV. 2. und Teil 3: A. IX. 3. a).

⁹⁹⁶ Siehe BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter B. IV. 3. b) der Gründe; zur Entwicklung der Billigkeitskontrolle des Bundesarbeitsgerichts siehe Barkey-Heine, Inhaltliche Kontrollmaßstäbe, S. 76 f.; Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 150 f.; v. Hoyningen-Huene, BB 1992, S. 1640.

⁹⁹⁷ So BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter B. IV. 3. b) der Gründe.

§ 103 BetrVG (vergleiche auch § 15 KSchG) praktisch aufgegeben. Vielmehr wurden in der Folgezeit § 2 Abs. 1 BetrVG, der Arbeitgeber und Betriebsrat zum Wohl des Betriebes und seinen Arbeitnehmern mit Berücksichtigung des Gemeinwohles verpflichtet und insbesondere § 75 Abs. 1 BetrVG, der die Betriebsparteien verpflichtet, über die Wahrung von Recht und Billigkeit zu wachen, für die dogmatische Grundlage der abstrakten Billigkeitskontrolle vom Bundesarbeitsgericht herangezogen.⁹⁹⁸ Gleichwohl hat sich das Bundesarbeitsgericht bei der dogmatischen Begründung dieser Kontrolle in einer neueren Entscheidung vom 26.7.1988 wieder auf die gestörte Vertragsparität zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat berufen, weil einerseits die Mitglieder des Betriebsrates trotz des Kündigungsschutzes vom Arbeitgeber abhängig seien und darüber hinaus dem Betriebsrat nach § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG der Arbeitskampf verwehrt sei.⁹⁹⁹

Zwischenzeitlich hatte das Bundesarbeitsgericht in mehreren Entscheidungen die abstrakte Billigkeitskontrolle durch die Einführung einer konkreten Billigkeitskontrolle in „besonderen Härtefällen“ ergänzt und präzisiert.¹⁰⁰⁰ Auch wenn eine Neuregelung nach einer abstrakten Billigkeitskontrolle nicht zu beanstanden sei, könne es bestimmte Sonderfälle geben, die im Rahmen einer generellen Regelung nicht ausreichend berücksichtigt worden seien und den Einzelnen unbillig hart treffen würden.¹⁰⁰¹

In jüngster Zeit beruft sich das Bundesarbeitsgericht im Rahmen seiner Inhaltskontrolle von Betriebsvereinbarungen nicht mehr ausdrücklich auf den Maßstab der Billigkeit in Analogie zu § 315 Abs. 3 BGB, sondern nimmt eine Kontrolle am Maßstab von Treu und Glauben vor und bezeichnet diese als Rechtskontrolle.¹⁰⁰² Obwohl der Begriff der Billigkeitskontrolle vermieden

⁹⁹⁸ Vgl. hierzu z.B. BAG, AP Nr. 11 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unverfallbarkeit unter II. 2. der Gründe.

⁹⁹⁹ Siehe dazu BAG, AP Nr. 45 zu § 112 BetrVG 1972 unter II. und III. der Gründe.

¹⁰⁰⁰ Vgl. BAG, AP Nrn. 1 und 9 zu § 1 BetrAVG Ablösung; für Sozialplanregelungen vgl. BAG, AP Nrn. 11 und 45 zu § 112 BetrVG 1972.

¹⁰⁰¹ BAG, AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG unter B. II. 2. der Gründe; AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG unter III. der Gründe.

¹⁰⁰² Siehe hierzu BAG, AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Ablösung LS 3 und unter I. der Gründe; AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Ablösung LS 2 und unter II. der Gründe; AP Nr. 15 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter II. der Gründe; AP Nr. 21 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 24 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter I. 2. der Gründe.

wird,¹⁰⁰³ ist weiterhin die Rede von den Grenzen von Recht und Billigkeit.¹⁰⁰⁴ Das Bundesarbeitsgericht gibt zwar nun die abstrakte Billigkeitskontrolle auf, nimmt aber weiterhin eine konkrete Kontrolle vor, bei der es prüft, ob eine an sich rechtmäßige Betriebsvereinbarung einen einzelnen Arbeitnehmer unbillig belastet.¹⁰⁰⁵ Der Sache nach hat sich also nur die Bezeichnung der vorgenommenen Inhaltskontrolle geändert.¹⁰⁰⁶ Die Art und Weise dieser Kontrolle sind im Grunde weitgehend gleich geblieben.

Im Schrifttum wird zum Teil die konkrete Billigkeitskontrolle von Betriebsvereinbarungen neben den erörterten Begründungen mit der vergleichbaren Funktion und Struktur von der Gestaltungsmacht der Betriebsparteien und dem Leistungsbestimmungsrecht eines Vertragsteils oder eines Dritten gerechtfertigt (vergleiche §§ 315 Abs. 3, 317 und 319 Abs. 1 BGB).¹⁰⁰⁷ Sei ein Vertragsteil oder ein Dritter zur Leistungsbestimmung berechtigt, so habe er, wie die §§ 315 Abs. 3, 317 und 319 Abs. 1 BGB zeigten, diese Leistung nach billigem Ermessen zu treffen, wobei seine Entscheidung insoweit der gerichtlichen Kontrolle unterliege.¹⁰⁰⁸

c) Ermessenskontrolle

Die von den Arbeitsgerichten in Analogie zu § 315 Abs. 3 BGB in heutiger Zeit durchgeführte konkrete Billigkeitskontrolle (zuweilen vom Bundesarbeitsgericht auch als „Rechtskontrolle“ tituliert) von ablösenden und nachfolgenden Betriebsvereinbarungen wird in der Rechtslehre überwiegend ab-

¹⁰⁰³ Vgl. allerdings BAG, AP Nr. 38 zu § 5 BetrAVG LS 1 und unter II. 2. c) der Gründe; AP Nr. 64 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 1. b) der Gründe und AP Nr. 3 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt unter I. 1. und 3. der Gründe, wo noch ausdrücklich von einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle gesprochen wird.

¹⁰⁰⁴ Siehe z.B. BAG, AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Ablösung LS 3 und unter I. der Gründe; AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Ablösung LS 2 und unter II. der Gründe; AP Nr. 15 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter II. der Gründe; AP Nr. 21 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 24 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter I. 2. der Gründe.

¹⁰⁰⁵ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 24 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter II. 1. der Gründe.

¹⁰⁰⁶ Vgl. jedoch BAG, AP Nr. 38 zu § 5 BetrAVG LS 1 und unter II. 2. c) der Gründe; AP Nr. 64 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 1. b) der Gründe und AP Nr. 3 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt unter I. 1. und 3. der Gründe, in denen das Bundesarbeitsgericht die jeweils betreffende Betriebsvereinbarung ausdrücklich einer Billigkeitskontrolle unterzieht.

¹⁰⁰⁷ So damals noch Richardi, Anm. zu BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Bl. 9, 12; vgl. auch Schwerdtner, ZfA 1975, S. 171, 194 f.

¹⁰⁰⁸ So früher noch Richardi, Anm. zu BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Bl. 9, 12; Schwerdtner, ZfA 1975, S. 171, 194 f.

gelehnt.¹⁰⁰⁹ Sofern das Bundesarbeitsgericht diese Kontrolle mit der Ungleichgewichtslage bei der Vertragsgestaltung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat begründet, sieht der überwiegende Teil der Rechtslehre in der mangelnden Vertragsparität zwischen diesen Betriebspartnern den gewichtigsten Einwand gegen die allgemeine Billigkeitskontrolle. Aufgrund der rechtlichen Absicherung der Stellung der Betriebsratsmitglieder könne von einer Abhängigkeit und deswegen gestörten Vertragsparität, wie vom Bundesarbeitsgericht angenommen,¹⁰¹⁰ keine Rede sein.¹⁰¹¹ Eine solche Annahme würde die Grundkonzeption der betrieblichen Mitbestimmung in Frage stellen, die das Betriebsverfassungsgesetz gewährleiste.¹⁰¹² Mit der Zulassung der Betriebsvereinbarung unterstelle und vertraue der Gesetzgeber darauf, daß die Betriebsparteien die anfallenden „Angelegenheiten“ interessengerecht ordnen könnten. Diese gesetzliche Anordnung sei für den Rechtsanwender verbindlich und könne nicht durch dessen subjektive Gerechtigkeitsvorstellungen überspielt werden. Außerdem würde man sonst Arbeitgeber und Betriebsrat die Fähigkeit zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen absprechen und im Grunde die Mitbestimmung „ad absurdum“ führen.¹⁰¹³

Die heutzutage vom Bundesarbeitsgericht vorgenommene konkrete Billigkeitskontrolle von Betriebsvereinbarungen wird im Ergebnis zum Teil als reine Ermessenskontrolle bewertet.¹⁰¹⁴ Diese könne aber nach § 76 Abs. 5 S. 4 BetrVG nur aufgrund eines Antrages von einer der Betriebsparteien hinsichtlich eines Einigungsstellenspruches stattfinden. Aus der Tatsache, daß Arbeitgeber und Betriebsrat darüber entscheiden könnten, ob der Spruch der Einigungsstelle die Grenzen des Ermessens überschreitet, folge, daß sie selbständig bestimmen sollen, was ein billiger Ausgleich der Interessen der Arbeitnehmer und des Betriebes ist.¹⁰¹⁵ Darüber hinaus sei zu beachten, daß selbst wenn das Arbeitsgericht nach § 76 Abs. 5 S. 4 BetrVG den Spruch der Einigungsstelle hinsichtlich etwaiger Ermessensfehler überprüfen könne, es

¹⁰⁰⁹ GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rnn. 258 ff.; MüKo, BGB, Gottwald, § 315 Rn. 44; Soergel, BGB, Wolf, § 315 Rn. 9; Staudinger, BGB, Mader, § 315 Rnn. 106 ff.; Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 154 ff.; Fastrich, Richerliche Inhaltskontrolle, S. 204; v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit, S. 161 ff.; ders., BB 1992, S. 1640, 1641 f.; Leinemann, in: Hromadka, Änderung, S. 145, 149 f.; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rnn. 77 ff.; Söllner, ArbR, S. 205, Fn. 22; ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 3 zu § 615 BGB Kurzarbeit, Bl. 3, 4; der allgemeinen Billigkeitskontrolle zustimmend: Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 54; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 53; Hilger/Stumpf, FS für G. Müller, S. 209, 217 ff., 223; Kempen, RdA 1994, S. 140, 150.

¹⁰¹⁰ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter B. IV. 3. b) der Gründe.

¹⁰¹¹ Siehe z.B. MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 80.

¹⁰¹² So ausdrücklich GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 261 m.w.N.

¹⁰¹³ So v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit, S. 165.

¹⁰¹⁴ MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 81.

¹⁰¹⁵ MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 81.

trotzdem diesen Spruch nicht nach eigenem billigem Ermessen ersetzen dürfen.¹⁰¹⁶ Infolgedessen wird eine konkrete Billigkeitskontrolle von Betriebsvereinbarungen im Sinne einer Ermessenskontrolle abgelehnt.¹⁰¹⁷

d) Rechtskontrolle

Neben der Möglichkeit einer Ermessenskontrolle der Arbeitsgerichte nach § 76 Abs. 5 S. 4 BetrVG befürwortet der überwiegende Teil der Rechtslehre eine allgemeine gerichtliche Inhaltskontrolle bei ablösenden und nachfolgenden Betriebsvereinbarungen nur in Form einer bloßen Rechtskontrolle.¹⁰¹⁸ Demnach sind solche Betriebsvereinbarungen von den Arbeitsgerichten dahingehend zu überprüfen, ob sie gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen die Verfassung, zwingendes Gesetzesrecht, Tarifverträge, gesetzesvertretendes Richterrecht, die guten Sitten oder tragende Grundsätze des Arbeitsrechts verstoßen.¹⁰¹⁹ Da der Regelungsspielraum der Betriebspartner durch die zwingenden Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes schon sehr eng gezogen ist (vergleiche §§ 77 Abs. 3 S. 1 und § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG), liegt die Rechtskontrolle von Betriebsvereinbarungen primär in der Überprüfung, ob die Grenzen der Betriebsautonomie eingehalten sind.¹⁰²⁰

e) Stellungnahme

Die gerichtliche Inhaltskontrolle der hier behandelten ablösenden verschlechternden und ablösenden umstrukturierenden Betriebsvereinbarung in Form einer konkreten Billigkeitskontrolle, wie sie heutzutage vom Bundesarbeitsgericht praktiziert wird, ist abzulehnen. Dies gilt für Betriebsvereinbarungen generell, also auch für eine nachfolgende verschlechternde.¹⁰²¹

Obwohl die Arbeitsgerichtsbarkeit Betriebsvereinbarungen schon jahrelang einer Billigkeitskontrolle unterzieht (zunächst abstrakte und gegenwärtig konkrete Billigkeitskontrollen), ist sie bis heute nicht in der Lage, für diese

¹⁰¹⁶ Kreutz, ZfA 1975, S. 65, 83.

¹⁰¹⁷ MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 81; ebenso v. Hoyningen-Huene, BB 1992, S. 1640, 1642.

¹⁰¹⁸ Vgl. Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 116; v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit, S. 166; ders., BB 1992, S. 1640, 1642; Leinemann, in: Hromadka, Änderung, S. 145, 150; Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 154 ff.; Blomeyer, DB 1984, S. 926, 927.

¹⁰¹⁹ Vgl. Barkey-Heine, Inhaltliche Kontrollmaßstäbe, S. 86; Florig, Die Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen, S. 161; Leinemann, in: Hromadka, Änderung, S. 145, 149; v. Hoyningen-Huene, BB 1992, S. 1640, 1642; siehe auch Söllner, Anm. zu BAG, AP Nr. 3 zu § 615 BGB Kurzarbeit, Bl. 3, 4.

¹⁰²⁰ V. Hoyningen-Huene, BB 1992, S. 1640, 1642.

¹⁰²¹ Zur gerichtlichen Inhaltskontrolle einer nachfolgenden „verschlechternden“ Betriebsvereinbarung siehe Teil 3: C. VII. 3.

gerichtliche Inhaltskontrolle eine tragfähige, dogmatische Begründung zu geben. Vielmehr werden die Begründungen für die rechtliche Grundlage mit dem Hinweis auf die Rechtsprechungstradition des Gerichtes ersetzt. Die Fundierungsversuche einer analog § 315 Abs. 3 BGB oder am Maßstab von Treu und Glauben vorzunehmenden konkreten Billigkeitskontrolle durch die anfängliche Berufung auf die gestörte Vertragsparität zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sowie später auf die §§ 2 Abs. 1 und 75 Abs. 1 BetrVG vermögen nicht zu überzeugen.

Da das Bundesarbeitsgericht die konkrete Billigkeitskontrolle auch noch in jüngerer Rechtsprechung mit Hilfe der gestörten Vertragsparität zwischen den Betriebsparteien begründet,¹⁰²² ist zunächst das Kräftegleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat näher zu beleuchten. § 315 BGB verlangt ein Unterwerfen des einen Vertragsteils unter die Bestimmungsmacht des anderen. Diese Voraussetzung ist bei der Gewährung übertariflicher Geldzulagen durch eine (ablösende) teilmitbestimmte Betriebsvereinbarung nicht gegeben. Dem Arbeitgeber steht zwar die alleinige Entscheidung über die Einführung und die Höhe des Dotierungsrahmens übertariflicher Geldzulagen zu, der Betriebsrat hat aber bei der näheren Ausgestaltung dieser Gelder (Verteilung, Zweck und begünstigter Personenkreis) ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Da der Betriebsrat keineswegs gezwungen ist, eine ihm vom Arbeitgeber angetragene Betriebsvereinbarung abzuschließen, sondern bei Streitigkeiten hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der Geldzulagen stets die Einigungsstelle anrufen kann (§ 76 Abs. 5 BetrVG), ist die Vertragsparität zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nicht gestört. Für ein Kräftegleichgewicht dieser Betriebspartner spricht ebenso der besondere Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder nach § 103 BetrVG (vergleiche auch § 15 KSchG). Auch das Arbeitskampfbefehl nach § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG trägt nichts zur Schwächung des Betriebsrates und damit zur gestörten Vertragsparität bei. Anstelle des Arbeitskampfes tritt hier die Einigungsstelle, die das zwingende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates über die Verteilungsgrundsätze der übertariflichen Geldzulagen gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG garantiert und damit aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht bezüglich der Regelung übertariflicher Geldzulagen ein Kräftegleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat schafft. Darüber hinaus ist der Kritik des überwiegenden Teils der Rechtslehre zu folgen, der davon ausgeht, daß die Annahme einer gestörten Vertragsparität zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat die Grundkonzeption der betrieblichen Mitbestimmung in Frage stellen würde, die das Betriebsverfassungsgesetz gewährleistet.¹⁰²³ Arbeitgeber und Betriebsrat können nach dem Betriebsverfassungsgesetz Betriebsvereinbarungen interessengerecht und eigenverantwortlich abschließen. Spräche man ihnen diese Fähigkeit durch eine gericht-

¹⁰²² Siehe dazu BAG, AP Nr. 45 zu § 112 BetrVG 1972 unter II. und III. der Gründe.

¹⁰²³ So ausdrücklich GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 261 m.w.N.

liche Billigkeitskontrolle ab, würde dies im Grunde die betriebliche Mitbestimmung „ad absurdum“ führen.¹⁰²⁴

Auch die §§ 2 Abs. 1 und 75 Abs. 1 BetrVG können eine konkrete Billigkeitskontrolle der Arbeitsgerichte bezüglich Betriebsvereinbarungen nicht rechtfertigen. Aus der in § 2 Abs. 1 BetrVG weitgefaßten allgemeinen Verpflichtung zur Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat kann keine hinreichende Grundlage für eine gerichtliche konkrete Billigkeitskontrolle hergeleitet werden, zumal bei dieser Kontrolle nicht die Merkmale dieser Vorschrift, sondern andere, nicht im Gesetz enthaltene Anforderungen geprüft werden. Ebenso ist § 75 Abs. 1 BetrVG nicht als Rechtsgrundlage einer gerichtlichen konkreten Billigkeitskontrolle heranzuziehen. Diese Vorschrift enthält nur allgemeine Richtlinien für die Behandlung der betriebsangehörigen Personen. Sie setzt die Grundsätze von Recht und Billigkeit bei den Betriebspartnern als bekannt voraus, begründet diese aber nicht. Daher kann § 75 Abs. 1 BetrVG eine konkrete Billigkeitskontrolle nicht legitimieren.

Die gerichtliche konkrete Billigkeitskontrolle von Betriebsvereinbarungen kann auch nicht mit einem Analogieschluß zu den §§ 315 Abs. 3, 317 und 319 Abs. 1 BGB begründet werden. Die Gestaltungsmacht der Betriebsparteien ist nicht mit dem Leistungsbestimmungsrecht eines Vertragsteiles oder eines Dritten in Funktion und Struktur vergleichbar. Die Billigkeitskontrolle vertraglicher Leistungsbestimmungsrechte ist auf den konkreten Einzelfall zugeschnitten. Die Betriebsvereinbarung entfaltet dagegen wegen ihres generalisierenden Charakters kollektive Wirkung und darf demzufolge nicht anhand des Einzelfalles auf ihre Billigkeit gerichtlich kontrolliert werden.

Die dem Arbeitnehmerschutz dienende gerichtliche konkrete Billigkeitskontrolle von Betriebsvereinbarungen steht auch nicht im Einklang mit gesetzlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften. Dies läßt sich am Beispiel von Verschlechterungsmöglichkeiten von auf einer Betriebsvereinbarung basierenden Ansprüchen der Arbeitnehmer verdeutlichen. Einerseits können diese Ansprüche durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung teilweise oder gänzlich beseitigt werden,¹⁰²⁵ andererseits kann dies auch durch eine, mit einer Drei-Monats-Frist versehenen, an keine bestimmten Gründe gebundenen Kündigung der den Ansprüchen zugrundeliegenden Betriebsvereinbarung gemäß § 77 Abs. 5 BetrVG geschehen. Unterzöge man die nachfolgende verschlechternde Betriebsvereinbarung einer konkreten Billigkeitskontrolle, die auf die Prüfung hinausläuft, ob Arbeitgeber und Betriebsrat einen vernünftigen, aner kennenswerten und billigen Grund für ihre teilweise oder gänzliche Beseitigung der Arbeitnehmeransprüche haben, wäre dies ein Wertungswiderspruch zum Kündigungsrecht von Betriebsvereinbarungen.

¹⁰²⁴ Vgl. v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit, S. 165.

¹⁰²⁵ Siehe dazu Teil 3: C. VII.

Nach eindeutiger Gesetzeslage ist nämlich für die Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG kein Kündigungsgrund erforderlich.¹⁰²⁶ Außerdem läge dann ein Wertungskonflikt zum individualrechtlichen Widerrufsrecht vor. Schließlich kann sich der Arbeitgeber nach der hier vertretenen Auffassung bei den auf Allgemeinen Arbeitsbedingungen basierenden übertariflichen Geldzulagen einen an keine Gründe gebundenen Widerruf nach freiem Belieben vorbehalten. Somit ist auch unter dem Gesichtspunkt „der Einheit der Rechtsordnung“ eine konkrete Billigkeitskontrolle von Betriebsvereinbarungen seitens der Arbeitsgerichte nicht hinreichend gerechtfertigt.

Aufgrund der genannten Einwände ist die von der Arbeitsgerichtsbarkeit in heutiger Zeit praktizierte konkrete Billigkeitskontrolle von Betriebsvereinbarungen im Ergebnis abzulehnen. Betriebsvereinbarungen können jedoch einer gerichtlichen Inhaltskontrolle in Form einer Ermessenskontrolle nach § 76 Abs. 5 S. 4 BetrVG unterliegen, sofern die betreffende Betriebsvereinbarung auf einem Spruch der Einigungsstelle beruht und ein Antrag von einer der Betriebsparteien beim zuständigen Arbeitsgericht gestellt wird. Dieses prüft dann, ob die Grenzen „billigen Ermessens“ bei der in der Betriebsvereinbarung geregelten Materie vom Arbeitgeber oder Betriebsrat überschritten worden sind.

Betriebsvereinbarungen sind jedoch generell einer gerichtlichen Inhaltskontrolle in Form einer reinen Rechtskontrolle zugänglich. Hierbei ist, wie aufgezeigt, zu untersuchen, ob die jeweilige Betriebsvereinbarung formal und inhaltlich mit Rechtsnormen höheren Ranges zu vereinbaren ist.¹⁰²⁷ Primär ist bei jeder Betriebsvereinbarung zu untersuchen, ob dem Regelungsspielraum der Betriebsparteien durch die Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes Grenzen gezogen sind.

Geht man davon aus, daß die im Zusammenhang mit übertariflichen Geldzulagen behandelte ablösende verschlechternde und ablösende umstrukturierende Betriebsvereinbarung nicht auf einem Spruch der Einigungsstelle beruht, so ist diese Betriebsvereinbarung durch das Arbeitsgericht nur einer Rechtskontrolle zu unterziehen. Ohne auf die einzelnen umfangreichen Prüfungsschritte der gerichtlichen Rechtskontrolle einzugehen,¹⁰²⁸ wird die ablösende verschlechternde Betriebsvereinbarung, welche die auf Allgemeinen Arbeitsbedingungen basierenden arbeitsvertraglichen Zulagenansprüche aller anspruchsberechtigten Arbeitnehmer zukünftig teilweise oder gänzlich be-

¹⁰²⁶ Wobei im Schrifttum von verschiedenen Seiten ein Kündigungsgrund verlangt wird; vgl. Hanau/Preis, NZA 1991, S. 81 ff.; Hilger/Stumpf, BB 1990, S. 929 ff.; Krebs, Anm. zu BAG, SAE 1995, S. 280 ff.; Schaub, BB 1990, S. 289 ff.; vgl. hierzu auch Teil 3: C. IV. 1. c. aa).

¹⁰²⁷ So auch Söllner, Anm. zu BAG, AP Nr. 3 zu § 615 BGB Kurzarbeit, Bl. 3, 4.

¹⁰²⁸ Hierzu ausführlich Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 156 ff.

seitigen soll, einer solchen Rechtskontrolle standhalten, sofern deren Arbeitsverträge betriebsvereinbarungsoffen sind und insbesondere der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet worden ist.

IV. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer Regelungsabrede

Aufgrund einer (verschlechternden) Regelungsabrede mit dem Betriebsrat bietet sich dem Arbeitgeber nicht die Möglichkeit, die Zahlung der durch die Allgemeinen Arbeitsbedingungen zugesagten übertariflichen Geldzulagen teilweise oder gänzlich einstellen. Die Regelungsabrede hat keine unmittelbare Wirkung auf das Einzelarbeitsverhältnis, insbesondere entfaltet sie keine normative Wirkung wie die Betriebsvereinbarung¹⁰²⁹. Bei der Regelungsabrede handelt es sich nur um einen formlosen Vertrag zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, der lediglich diese beiden Betriebspartner entsprechend der getroffenen Vereinbarung berechtigt und verpflichtet.¹⁰³⁰ Da sie keine Rechte und Pflichten für die Arbeitnehmer begründet, können deren vertragliche Arbeitsbedingungen, auch soweit sie durch Allgemeine Arbeitsbedingungen gestaltet sind, durch sie auch nicht geändert werden.

C. Rechtliche Möglichkeiten zur teilweisen oder gänzlichen Zahlungseinstellung übertariflicher, durch Betriebsvereinbarung gewährter Geldzulagen

Will der Arbeitgeber in seinem Betrieb die durch Betriebsvereinbarung zugesagten übertariflichen Zulagengelder seiner Arbeitnehmer durch Kürzung oder vollständige Streichung wirtschaftlich veränderten Umständen anpassen, steht ihm für diese Maßnahmen eine Reihe von Gestaltungsmitteln zur Verfügung.

I. Gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund eines Aufhebungsvertrages

Zu untersuchen ist, ob der Arbeitgeber die bestehende betriebliche Geldzulagenregelung in Form der Betriebsvereinbarung unter Mitwirkung des Betriebsrates durch eine andere, nachfolgende Betriebsvereinbarung (Beschlufassung nach § 33 BetrVG, vorausgesetzt) einvernehmlich aufheben kann,

¹⁰²⁹ Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 79; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 101; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 18; Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 38; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 212; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 90; Schaub, ArbR, S. 1882.

¹⁰³⁰ Zu dem Begriff und der Wirkung der Regelungsabrede siehe Teil 2: B. III. 1.

um damit die Ansprüche seiner ursprünglich anspruchsberechtigten Arbeitnehmer auf übertariflich zugesagte Zulagengelder zukünftig gänzlich zu beseitigen.

Eine solche Möglichkeit zur Loslösung von künftig zu zahlenden übertariflichen Geldzulagen ist in Betracht zu ziehen, da nach allgemeiner Auffassung eine Betriebsvereinbarung grundsätzlich jederzeit durch Vereinbarung zwischen den Betriebsparteien aufgehoben werden kann.¹⁰³¹ Es ist aber fraglich, ob dieser Grundsatz auch dann gilt, wenn, wie hier, durch die „neue“ nachfolgende Betriebsvereinbarung (betrieblicher Aufhebungsvertrag) den Arbeitnehmern ihre Ansprüche auf übertarifliche Geldzulagen aus der bestehenden Betriebsvereinbarung völlig entzogen werden sollen. Möglicherweise könnten auch bei einer solchen Ablösung, ebenso wie im Fall der Zulagengewährung mittels Allgemeiner Arbeitsbedingungen, diese Rechtspositionen der einzelnen Arbeitnehmer durch das Günstigkeitsprinzip oder zumindest durch das vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts konzipierte kollektive Günstigkeitsprinzip¹⁰³² vor wirtschaftlicher Verschlechterung geschützt sein.

1. Ablösungsprinzip

Das Günstigkeitsprinzip oder das vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts konzipierte kollektive Günstigkeitsprinzip greifen in diesem Fall der Verschlechterung jedoch nicht zugunsten der betroffenen Arbeitnehmer ein, da diese Prinzipien bei ranggleichen Gestaltungsfaktoren, wie bei der hier bestehenden und dann nachfolgend verschlechternden Betriebsvereinbarung keine Anwendung finden. Nach dem überwiegend anerkannten sogenannten Ordnungs- oder Ablösungsprinzip¹⁰³³ verdrängt die jüngere Regelung die ältere des gleichen Regelungstatbestandes mit Wirkung für die Zukunft, entsprechend der Zeitkollisionsregel „lex posterior derogat legi priori“, und zwar auch zuungunsten der Arbeitnehmer.¹⁰³⁴ Die nachfolgende Regelung darf je-

¹⁰³¹ Zur generellen Möglichkeit eines Aufhebungsvertrages vgl. Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 46; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 128; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 64 a); GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 307; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 216; Stege/Weinspach, BetrVG, § 77 Rn. 39; Kerschner/Zimmermann, Die Betriebsvereinbarung, S. 17; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 36; Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 33; Hanau, RdA 1989, S. 207, 209.

¹⁰³² Sofern man das kollektive Günstigkeitsprinzip überhaupt für zulässig erachtet; meiner Auffassung nach ist es abzulehnen, vgl. Teil 3: B. III. 1. c).

¹⁰³³ Siehe hierzu auch Teil 3: C. I. 1.

¹⁰³⁴ So die herrschende Auffassung der Rechtsprechung und der Rechtslehre, vgl. z.B. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 5. der Gründe; AP Nr. 12 zu § 112 BetrVG 1972 unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 unter B. II. 2. der Gründe; AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung unter II. 2. der Gründe; AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter II. 3. c) der Gründe; AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter I. der Gründe; AP Nr. 15 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter I. der Gründe; AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter B. der Gründe; AP Nr. 185 zu § 242 BGB unter 2. der Gründe; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 12; Fitting/Kaiser/

doch nur in seltenen Ausnahmefällen in bereits erdiente Besitzstände eingreifen.¹⁰³⁵ Von diesen Ausnahmefällen werden übertarifliche Geldzulagen allerdings nicht betroffen, da es sich bei diesen Zulagen nicht um bereits erdiente Besitzstände, sondern nur um zukünftige geldwerte Ansprüche handelt.¹⁰³⁶ Das Ordnungs- oder Ablösungsprinzip steht insbesondere auch in rechtlichem Einklang mit dem Kündigungsrecht von Betriebsvereinbarungen (vergleiche § 77 Abs. 5 BetrVG). Wie auch mittels eines Aufhebungsvertrages können die auf einer Betriebsvereinbarung beruhenden übertariflichen Geldzulagen durch eine Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist von drei Monaten ebenfalls gänzlich beseitigt werden, und zwar ohne Angabe jeglicher (billigenswerter) Gründe.¹⁰³⁷

Ogleich die Betriebsparteien nach dem Ordnungs- oder Ablösungsprinzip mittels eines Aufhebungsvertrages die in einer Betriebsvereinbarung gefaßte betriebliche Geldzulagenregelung beseitigen können, hat vor allem der Betriebsrat als Repräsentant der Belegschaft bei dem Vertragsabschluß zu bedenken, daß er im betrieblichen Bereich die Interessen der Arbeitnehmer zu deren Wohl zu vertreten hat (vergleiche § 2 Abs. 1 BetrVG), wozu mit Sicherheit nicht der freiwillige Verzicht von Arbeitnehmeransprüchen auf übertarifliche Geldzulagen zählt. In der arbeitsrechtlichen Praxis wird der Arbeitgeber mit dem Einverständnis des Betriebsrates zur Aufhebung einer die Arbeitnehmer begünstigenden Betriebsvereinbarung (übertarifliche Geldzulagengewährung) deshalb in aller Regel wohl nur dann rechnen können, wenn sich sein Betrieb in einer wirtschaftlichen Notlage¹⁰³⁸ befindet und keine alternativen finanziellen Möglichkeiten vorhanden sind, um den weiteren Bestand des Unternehmens zu gewährleisten.

Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 163; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 68; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 308; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 85; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 159; Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. II/2, S. 1293 f. m.w.N.; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 60; Söllner, ArbR, S. 142; Schaub, ArbR, S. 1876; ders., BB 1995, S. 1639; Däubler, ArbR 1984, S. 1, 3; Hanau/Preis, NZA 1991, S. 81, 89; Heither, ArbRdG 1994, S. 55, 56; ders., BB 1992, S. 145, 147; Leinemann, BB 1989, S. 1905.

¹⁰³⁵ Vgl. hierzu z.B. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 5. der Gründe; AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter II. 1. bis 3. der Gründe; AP Nr. 5 zu § 1 BetrAVG Besitzstand LS 1 unter B. II. 2. der Gründe; AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung LS 2 und unter 2. der Gründe; zum Schutz bereits erdienter Besitzstände vgl. GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rnn. 285 und 338.

¹⁰³⁶ Daher wird diese Problematik im Rahmen der hier vorliegenden Arbeit nicht behandelt.

¹⁰³⁷ Zur ordentlichen Kündigung der in einer Betriebsvereinbarung enthaltenen betrieblichen Geldzulagenregelung siehe ausführlich den nachfolgenden Teil 3: C. IV.

¹⁰³⁸ Zum Begriff der wirtschaftlichen Notlage siehe Teil 3: A. VII. 2. c).

2. Schriftformerfordernis des Aufhebungsvertrages gemäß § 77 Abs. 2 BetrVG

Umstritten ist, ob für den Aufhebungsvertrag zwischen den Betriebsparteien die Schriftform erforderlich ist.

Von einem Teil der Rechtslehre wird für die Schriftform eines Aufhebungsvertrages argumentiert, daß der Aufhebungsvertrag als „actus contrarius“ zum schriftlichen Abschluß der Betriebsvereinbarung ebenso der Schriftform entsprechend § 77 Abs. 2 BetrVG bedarf.¹⁰³⁹

Der andere Teil der Rechtslehre wendet gegen die Schriftform eines Aufhebungsvertrages ein, daß der Zweck des Schriftformerfordernisses (§ 77 Abs. 2 BetrVG), die ausdrückliche Herausstellung des Normencharakters der Betriebsvereinbarung, anders als beim Abschluß von Betriebsvereinbarungen, bei deren Aufhebung die Schriftform nicht erfordert.¹⁰⁴⁰ Zudem wird die Formfreiheit des Aufhebungsvertrages mit dem Hinweis begründet, auch die Kündigung einer Betriebsvereinbarung könne formlos erfolgen.¹⁰⁴¹

Das Bundesarbeitsgericht hat hinsichtlich der formlosen Aufhebung von Betriebsvereinbarungen zwar Bedenken angemeldet, darüber aber nicht entschieden.¹⁰⁴² Bei Tarifverträgen hat es die schriftliche Änderung verlangt, gleichzeitig aber die formlose Beendigung als zulässig angesehen.¹⁰⁴³ Aus letzterem wird teilweise abgeleitet, daß dies auch für die vereinbarte Aufhebung von Betriebsvereinbarungen gelten müsse.¹⁰⁴⁴

Obwohl es im Zivilrecht allgemein anerkannt ist, daß auch formbedürftige Rechtsgeschäfte formlos aufgehoben werden können, weil der Hauptzweck zivilrechtlicher Formvorschriften (Warnfunktion) auf das Aufhebungsgeschäft nicht zutrifft, ist bei einem Aufhebungsvertrag bezüglich einer Be-

¹⁰³⁹ Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 46; Fittin/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 128; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 307; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 217; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 179.

¹⁰⁴⁰ So Schaub, ArbR, S. 1878; ebenso gegen die Schriftform: Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 64 a); Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. II/2, S. 1283; Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 156 f.; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 39; Nikisch, ArbR-Bd. III, S. 297; Bulla, DB 1962, S. 1207, 1208; Peterek, FS für D. Gaul II, S. 471, 488.

¹⁰⁴¹ Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 64 a); Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. II/2, S. 1283; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rnn. 36 und 39; Nikisch, ArbR-Bd. III, S. 297; Bulla, DB 1962, S. 1207, 1208; Peterek, FS für D. Gaul II, S. 471, 488.

¹⁰⁴² Vgl. BAG, AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972 Regelungsabrede unter III. 3. der Gründe.

¹⁰⁴³ Siehe BAG, AP Nr. 5 zu § 1 TVG Form LS 1 und unter III. 2. der Gründe.

¹⁰⁴⁴ So Peterek (Peterek, FS für D. Gaul II, S. 471, 488), der in einer Regelungsabrede zugleich einen Aufhebungsvertrag annimmt.

etriebsvereinbarung trotzdem entsprechend § 77 Abs. 2 BetrVG die Schriftform erforderlich. Die Formvorschriften des § 77 Abs. 2 BetrVG sind nur sekundär im Interesse der beschließenden Betriebspartner vom Gesetzgeber festgesetzt worden. Aus rechtsstaatlichen Erwägungen, wie Gründen der Rechtssicherheit und der Transparenz der im Betrieb geltenden Regelungen, dienen sie primär dem Schutz der normunterworfenen Arbeitnehmer. Deswegen unterliegt die Aufhebung der Betriebsvereinbarung, ebenso wie deren Abschluß, dem Schriftformerfordernis nach § 77 Abs. 2 BetrVG.

3. Rechtliche Folgerungen

Haben die Betriebsparteien zum Zwecke der gänzlichen Streichung der übertariflichen Zulagengelder einen schriftlichen Aufhebungsvertrag bezüglich der betrieblichen Geldzulagenregelung abgeschlossen, so wird diese beseitigt. Die aus der Betriebsvereinbarung ursprünglich anspruchsberechtigten Arbeitnehmer verlieren damit vollständig ihre Ansprüche gegenüber ihrem Arbeitgeber auf zukünftige Zahlungen übertariflicher Geldzulagen. Liegt, wie hier vorausgesetzt, dem Aufhebungsvertrag eine wirtschaftliche Notlage des Arbeitgebers als Motiv zugrunde (wovon in der Regel auszugehen ist), so löst dieser Vertrag keine Nachwirkung der Betriebsvereinbarung gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG aus.¹⁰⁴⁵ Da die Betriebsparteien jede Nachwirkung wirksam ausschließen können, ist zumindest ein solcher Aufhebungsvertrag (andere im Zweifel) in diesem Sinne auszulegen.¹⁰⁴⁶ Eine Nachwirkung der beendeten Betriebsvereinbarung würde ansonsten einen Widerspruch zum abgeschlossenen Aufhebungsvertrag darstellen. Im gegebenen Beispiel soll der Arbeitgeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Zwänge gerade von den zukünftigen übertariflichen Geldzulagenzahlungen befreit werden, während er im Fall der Nachwirkung nach § 77 Abs. 6 BetrVG diese Zahlungen weiterhin aufgebürdet bekäme.

II. Teilweise Zahlungseinstellung aufgrund eines Abänderungsvertrages

Will der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern die durch Betriebsvereinbarung zugesagten übertariflichen Geldzulagen nicht gänzlich streichen, sondern nur kürzen, ist zu prüfen, ob er die betreffende Betriebsvereinbarung unter Mitwirkung des Betriebsrates (Beschlußfassung nach § 33 BetrVG, vorausgesetzt) einvernehmlich dahingehend abändern kann.

¹⁰⁴⁵ Ausführlich zur Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung in Teil 3: C. IV. 2. b).

¹⁰⁴⁶ Vgl. auch Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 60; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 155; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 334; Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 157 f.

Im Gegensatz zum Aufhebungsvertrag, welcher die Betriebsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat beseitigt, bleibt die Betriebsvereinbarung beim Abschluß eines Abänderungsvertrages bestehen, wird jedoch durch entsprechende Willenserklärungen der Betriebsparteien nachträglich geändert. Die Möglichkeit, mit Hilfe von Abänderungsverträgen bestehende Arbeitsbedingungen in Betriebsvereinbarungen nachträglich abzuändern, ist weder in der Rechtsprechung noch in der Rechtslehre diskutiert worden. Dies liegt wohl daran, daß für die vertragliche Abänderung von in Betriebsvereinbarungen geregelten Arbeitsbedingungen nachfolgende Betriebsvereinbarungen als geeignete Ablösungs- oder Abänderungsmittel herangezogen werden. Obwohl mit dem Abschluß eines Abänderungsvertrages zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat das gleiche Ziel wie mit einer nachfolgenden Betriebsvereinbarung erreicht werden kann, beide vertraglichen Gestaltungsmittel hinsichtlich ihres rechtlichen Ergebnisses also kongruent sind, besteht trotzdem ein gravierender Unterschied zwischen ihnen. In dem einen Fall wird eine bestehende Betriebsvereinbarung durch die Betriebsparteien nur geändert, in dem anderen Fall dagegen die alte Betriebsvereinbarung beseitigt und durch eine neue ersetzt. Gleichwohl ergeben sich hieraus keine rechtlichen Besonderheiten.

Auch wenn die Betriebsparteien die übertarifliche Geldzulagen regelnde Betriebsvereinbarung für die Zukunft verschlechternd abändern, greift das Günstigkeitsprinzip oder das kollektive Günstigkeitsprinzip, genauso wie beim betrieblichen Aufhebungsvertrag nicht zugunsten der ursprünglich anspruchsberechtigten Arbeitnehmer ein. Auch hier verdrängt nach dem Ordnungs- oder Ablösungsprinzip künftig die neue, in einer Betriebsvereinbarung gefaßte betriebliche Geldzulagenregelung die bereits bestehende.¹⁰⁴⁷

Gleichsam wie beim Aufhebungsvertrag wird sich der Betriebsrat in der Regel nicht auf den Abschluß eines Abänderungsvertrages, der für die anspruchsberechtigten Arbeitnehmer nur noch gekürzte übertarifliche Zulagengelder vorsieht, mit dem Arbeitgeber einlassen. Schließlich vertritt der Betriebsrat die Interessen der Arbeitnehmer zu deren Wohl (vergleiche § 2 Abs. 1 BetrVG). Dazu zählt aber mit Sicherheit nicht der freiwillige teilweise Verzicht von Arbeitnehmeransprüchen auf übertarifliche Geldzulagen. Trotzdem gibt es Gründe, die den Betriebsrat zum Abschluß eines Abänderungsvertrages der genannten Art bewegen können. Ist beispielsweise die wirtschaftliche Gesamtsituation des Unternehmens angespannt und unterliegt der Arbeitgeber Sparzwängen, die er mit der Einsparung von Zulagengeldern kompensieren will, kommt ein Abänderungsvertrag zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat durchaus in Betracht. Hierdurch kann der Betriebsrat unter Umständen eine arbeitgeberseitige Beendigungskündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG vermeiden.

¹⁰⁴⁷ Zum Ordnungs- oder Ablösungsprinzip siehe Teil 3: C. I. 1. und VII. 2.

Ebenso wie der Abschluß oder die Aufhebung einer Betriebsvereinbarung unterliegt auch deren Abänderung entsprechend § 77 Abs. 2 BetrVG der Schriftform. Die Formvorschriften des § 77 Abs. 2 BetrVG sorgen für Rechtssicherheit und Transparenz der im Betrieb geltenden Regelungen und dienen dadurch vorrangig dem Schutz der normunterworfenen Arbeitnehmer.

Sofern Arbeitgeber und Betriebsrat zum Zwecke der Kürzung übertariflicher Zulagengelder einen schriftlichen Abänderungsvertrag bezüglich der betrieblichen Geldzulagenregelung abgeschlossen haben, wird diese nachträglich geändert. Die aus der Betriebsvereinbarung ursprünglich anspruchsberechtigten Arbeitnehmer verlieren damit, abhängig von der Höhe der Zulagenkürzung, teilweise ihre Ansprüche gegenüber ihrem Arbeitgeber auf Zahlung übertariflicher Geldzulagen.

III. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund der Ausübung eines in der Betriebsvereinbarung vorbehaltenen Widerrufs

1. Betrieblicher Widerruf gegenüber dem Betriebsrat

Hat sich der Arbeitgeber in der Betriebsvereinbarung gegenüber dem Betriebsrat einen teilweisen oder vollständigen Widerruf der betrieblichen Geldzulagenregelung vorbehalten, so ist zu prüfen, ob er durch die Ausübung dieses Widerrufsvorbehaltes die Geldzulagen der anspruchsberechtigten Arbeitnehmer möglicherweise kürzen oder deren Zahlung ganz einstellen kann.

Im Gegensatz zur Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG¹⁰⁴⁸ kann ein Widerruf des Arbeitgebers eine Betriebsvereinbarung nicht beenden.¹⁰⁴⁹ Da der Widerruf von Arbeitgeberleistungen als individualrechtliches Gestaltungsmittel zu qualifizieren ist,¹⁰⁵⁰ wirkt er nur auf der individualrechtlichen Ebene gegenüber jedem einzelnen Arbeitnehmer als Adressaten. Er führt nur zu einer unmittelbaren Änderung des jeweiligen Arbeitsverhältnisses, läßt dagegen aber die Betriebsvereinbarung als Anspruchsgrundlage unberührt.¹⁰⁵¹ Falls sich der Arbeitgeber trotzdem ein teilweises oder vollständiges Widerrufs-

¹⁰⁴⁸ Siehe dazu Teil 3: C. IV.

¹⁰⁴⁹ So z.B. BAG, AP Nr. 5 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung unter II. 2. b) der Gründe; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 221; Krauß, Widerruf von Arbeitgeberleistungen, S. 30 f. und 36 f.; Strucksberg, Die Kündigung der Betriebsvereinbarung, S. 109.

¹⁰⁵⁰ So Heitherr, ArbRdG 1994, S. 55, 61.

¹⁰⁵¹ Vgl. BAG, AP Nr. 5 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung unter II. 2. b) der Gründe.

recht der Betriebsvereinbarung vorbehalten hat, ist dieses durch Auslegung (§ 133 BGB) in eine dementsprechende Kündigungsklausel umzudeuten.¹⁰⁵²

Ausnahmen von der Unwiderruflichkeit von Betriebsvereinbarungen werden vom Bundesarbeitsgericht und der Literatur unter bestimmten Voraussetzungen im Bereich der betrieblichen Altersversorgung zugelassen.¹⁰⁵³ Der Grund hierfür soll die sich insbesondere aus § 7 Abs. 1 S. 4 BetrAVG ergebende Möglichkeit des Arbeitgebers sein, Versorgungsleistungen unter Berufung auf eine wirtschaftliche Notlage zu kürzen oder einzustellen.¹⁰⁵⁴ Diese Möglichkeit des Widerrufs, die ursprünglich nur auf die Änderung oder Beseitigung der auf arbeitsvertraglicher Basis erfolgten Versorgungszusagen beschränkt war, dehnte das Bundesarbeitsgericht in einer richtungsweisenden Entscheidung auch auf Betriebsvereinbarungen beruhenden Versorgungsleistungen aus.¹⁰⁵⁵ Aus diesen Sonderfällen kann jedoch nicht auf die Zulässigkeit eines allgemeinen Widerrufsrechtes von Betriebsvereinbarungen geschlossen werden. Die oben genannten Gründe verbieten eine solche Schlußfolgerung.

Der Arbeitgeber kann demnach nicht die in einer Betriebsvereinbarung gefaßte betriebliche Geldzulagenregelung durch Ausübung eines vorbehaltenen Widerrufsrechtes gegenüber dem Betriebsrat teilweise oder vollständig widerrufen und damit die übertariflichen Geldzulagen den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern kürzen oder gänzlich streichen. Hat er sich ein solches teilweises oder vollständiges Widerrufsrecht vorbehalten, ist dieses in eine dementsprechende Kündigungsklausel umzudeuten.

2. Betrieblicher Widerruf gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern

Hat sich der Arbeitgeber in der Betriebsvereinbarung dagegen einen teilweisen oder vollständigen betrieblichen Widerruf von individualrechtlich vorbehaltlos zugesagten (durch Arbeitsvertrag oder durch Allgemeine Arbeitsbedingungen) übertariflichen Geldzulagen gegenüber den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern vorbehalten, so ist bereits die Vereinbarung eines solchen

¹⁰⁵² Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 221.

¹⁰⁵³ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung unter III. 2. der Gründe; Höfer/Abt, BetrAVG, Arb. Gr. Rnn. 355 ff., 407 ff. und § 7 Rnn. 73 ff.; Höfer/Reiners/Wüst, BetrAVG, Rnn. 347 ff.; Ling-Hwei, Instrumente zur Gewährleistung, S. 60 f.; Hanau, Anm. zu BAG, AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung, Bl. 4, 6.

¹⁰⁵⁴ Vgl. im Einzelnen ausführlich Blomeyer/Otto, BetrAVG, Vorbem. zu § 7 Rnn. 82 ff. und 122 ff. m.w.N.; zum Begriff der wirtschaftlichen Notlage siehe auch Teil 3: A. VII. 2. c).

¹⁰⁵⁵ Siehe BAG, AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung unter III. 2. der Gründe; vgl. dazu im Einzelnen Hanau, Anm. zu BAG, AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung, Bl. 4, 6 f.

kollektivrechtlichen Vorbehaltes unzulässig. da er die arbeitsvertraglich begründete Stellung des einzelnen Arbeitnehmers verschlechtert, indem der ursprünglich vorbehaltlose Anspruch jetzt nur noch unter Vorbehalt gewährt wird.¹⁰⁵⁶ Insoweit verstößt der Arbeitgeber in unzulässiger Weise gegen das Günstigkeitsprinzip.

IV. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer arbeitgeberseitigen ordentlichen Kündigung der Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 5 BetrVG

Der Arbeitgeber kann möglicherweise durch eine ordentliche Kündigung der in einer Betriebsvereinbarung getroffenen betrieblichen Geldzulagenregelung nach § 77 Abs. 5 BetrVG bewirken, daß er die Zahlungen der übertariflichen Zulagengelder an die anspruchsberechtigten Arbeitnehmer teilweise oder gänzlich einstellen darf.

Die arbeitgeberseitige Kündigung gemäß § 77 Abs. 5 BetrVG ist der wichtigste und wohl auch häufigste Beendigungsgrund einer Betriebsvereinbarung.¹⁰⁵⁷

1. Voraussetzungen der Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG

a) Form der Kündigungserklärung

Die Kündigung des Arbeitgebers nach § 77 Abs. 5 BetrVG bedarf keiner Schriftform (§ 126 BGB),¹⁰⁵⁸ wobei jene aus Beweisgründen jedoch zu empfehlen ist.¹⁰⁵⁹ Als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung muß die Kündigung des Arbeitgebers im Interesse der Rechtssicherheit eindeutig und unmißverständlich erfolgen, ohne daß der ausdrückliche Gebrauch der Worte „kündigen“ oder „Kündigung“ erforderlich ist.¹⁰⁶⁰

¹⁰⁵⁶ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 3. der Gründe; AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. der Gründe; Krauß, Widerruf von Arbeitgeberleistungen, S. 33; Rau, Die Systematik, S. 53; Hromadka, NZA 1987, Beil. Nr. 3, S. 2 ff.

¹⁰⁵⁷ Siehe Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 53; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 129; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 309; D. Gaul, NZA 1986, S. 628, 629.

¹⁰⁵⁸ Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 137; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 315; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 213; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 39; Schaub, BB 1995, S. 1639.

¹⁰⁵⁹ Dazu GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 315.

¹⁰⁶⁰ So schon BAG, AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG 1952; AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG 1952 Akkord unter II. 1. der Gründe; siehe auch Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 137; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 315; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 212; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 189; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 39; Schaub, BB 1995, S. 1639.

b) Zugang der Kündigung

Die Kündigung des Arbeitgebers muß zu ihrer Wirksamkeit dem Betriebsrat als Erklärungsempfänger entsprechend § 130 BGB zugehen. Dies ist der Fall, sobald sie in den Machtbereich des Betriebsratsvorsitzenden oder im Fall seiner Verhinderung in den Machtbereich dessen Stellvertreters gelangt (vergleiche § 26 Abs. 3 S. 2 BetrVG).¹⁰⁶¹

c) Kündigungsgrund

Nach dem Wortlaut des Betriebsverfassungsgesetzes (§ 77 Abs. 5 BetrVG) können Betriebsvereinbarungen von Arbeitgeber und Betriebsrat ohne Angabe von Gründen mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden, soweit die Betriebspartner nicht andere Fristen vereinbart haben. Dies gilt nach allgemeiner Ansicht sowohl für mitbestimmungspflichtige als auch für freiwillige oder teilmittelbestimmte Betriebsvereinbarungen,¹⁰⁶² also auch für die hier behandelte teilmittelbestimmte betriebliche Regelung bezüglich der arbeitgeberseitigen übertariflichen Geldzulagengewährung.¹⁰⁶³ Aus dem Gesetzestext des § 77 Abs. 5 BetrVG leiten das Bundesarbeitsgericht und der überwiegende Teil der Rechtslehre den Grundsatz der freien Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen ab.¹⁰⁶⁴ Ausgenommen von diesem Grundsatz sind lediglich solche Betriebsvereinbarungen, die kein Dauerrechtsverhältnis begründen,

¹⁰⁶¹ Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 137; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 315; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 214; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 39.

¹⁰⁶² Vgl. BAG, AP Nrn. 4, 6 und 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung; AP Nr. 40 zu § 77 BetrVG 1972, AP Nrn. 2 und 5 zu § 1 BetrVG Betriebsvereinbarung, GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 310; Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 45; Blomeyer, DB 1990, S. 173.

¹⁰⁶³ Zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Gewährung übertariflicher Geldzulagen siehe Teil 2: D. insbes. IV. 2. bis 5.

¹⁰⁶⁴ Vgl. BAG, DB 2000, S. 525; AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. 2. b) (2) der Gründe; AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter 1. a) aa) der Gründe; AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. A. 1. c) der Gründe; AP Nr. 40 zu § 77 BetrVG 1972 unter I. 2. der Gründe; AP Nr. 2 § 1 BetrVG Betriebsvereinbarung unter III. 1. a) der Gründe; AP Nr. 5 zu § 1 BetrVG Betriebsvereinbarung unter 2. b) und c) der Gründe; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 53; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 131; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 309; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 208; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 185; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 37; Schaub, ArbR, S. 1879; Leinemann, BB 1989, S. 1905, 1907; Loritz, RdA 1991, S. 65, 66 ff.; a.A. Hanau/Preis, NZA 1991, S. 81 ff.; Hilger, FS für D. Gaul, S. 327, 335 f.; Hilger/Stumpf, BB 1990, S. 929 ff.; vgl. auch Krebs, Anm. zu BAG, SAE 1995, S. 280 ff.

sondern einmalige Fälle betreffen.¹⁰⁶⁵ Dazu zählen beispielsweise durch Betriebsvereinbarung gewährte einmalige Weihnachtsgratifikationen, deren Zusage an die Arbeitnehmer zwar durch separate Betriebsvereinbarung Jahr für Jahr jeweils neu, aber mit dem ausdrücklichen Hinweis erfolgen, daß daraus für künftige Jahre kein Anspruch entsteht. In einer neueren Entscheidung vom 17.1.1995 stellte das Bundesarbeitsgericht im Zusammenhang mit der arbeitgeberseitigen Kündigung einer solchen Betriebsvereinbarung fest, daß es für die Streichung der einmalig gewährten Weihnachtsgratifikation gar keiner Kündigung bedurfte. Mit der Auszahlung des Weihnachtsgeldes für das betreffende Jahr wurde die Betriebsvereinbarung wegen Zweckerreichung gegenstandslos.¹⁰⁶⁶ Betriebsvereinbarungen mit einmaligen Regelungstatbeständen sind demnach von dem (freien) Kündigungsrecht nach § 77 Abs. 5 BetrVG auszunehmen. Ob dies zutrifft, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben, da es sich in der folgenden Darstellung hinsichtlich der arbeitgeberseitigen Kündigung der betrieblichen Geldzulagenregelung um eine solche handelt, die einen dauerhaften, von der Arbeitsleistung abhängigen Anspruch auf übertarifliche Geldzulagen (Leistungszulagen, Erschwerniszulagen) begründet.¹⁰⁶⁷ Demzufolge bedarf die Kündigung der hier untersuchten Betriebsvereinbarung nach dem Gesetzeswortlaut (§ 77 Abs. 5 BetrVG) keines Kündigungsgrundes.

aa) Einschränkung des freien Kündigungsrechtes

In jüngster Zeit gibt es in der Rechtslehre vereinzelte Stimmen, die den Grundsatz der arbeitgeberseitigen freien Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen mit unterschiedlichen Begründungsversuchen einschränken wollen.¹⁰⁶⁸ Die hierbei vertretenen Ansichten werden aufgrund ihres Umfangs im folgenden nicht in voller Breite erörtert, sondern auf die wesentlichen Grundaussagen hinsichtlich der hier interessierenden freiwilligen übertariflichen Leistungen (Geldzulagen) reduziert.

¹⁰⁶⁵ BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. 2. b) (1) der Gründe; AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. B. 1. und 2. a) der Gründe; AP Nr. 2 zu § 52 BetrVG 1952; AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG 1952; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 55; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 200; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 184; MünchArb-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 38; Schaub, BB 1995, S. 1639; a.A. GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 311.

¹⁰⁶⁶ BAG, AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. B. 1. der Gründe.

¹⁰⁶⁷ Ausführlich hierzu Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 84 ff.

¹⁰⁶⁸ Vgl. hierzu Hanau/Preis, NZA 1991, S. 81 ff.; Hilger/Stumpf, BB 1990, S. 929 ff.; Schaub, BB 1990, S. 289 ff.; Krebs, Anm. zu BAG, SAE 1995, S. 280 ff.

(1) Die Ansichten von *Hanau/Preis* und *Hilger/Stumpf*: Einschränkung wegen Wertungswidersprüchen zu individualrechtlichen Veränderungs- und Beendigungsinstrumentarien

Hanau/Preis, die sich eingehend mit der arbeitgeberseitigen Kündigung von Betriebsvereinbarungen über Sonderleistungen wie Zulagen, Sonderzuwendungen und insbesondere der betrieblichen Altersversorgung auseinandergesetzt haben, sehen in der freien Kündbarkeit solcher Betriebsvereinbarungen Wertungswidersprüche zu den Instrumenten zur Veränderung oder Beendigung gleichartiger individualarbeitsrechtlicher Ansprüche.¹⁰⁶⁹ So halten sie es beispielsweise für widersprüchlich, daß freiwillige Leistungen auf arbeitsvertraglicher Basis regelmäßig nur nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB) vom Arbeitgeber widerrufen werden können, selbst wenn freies Ermessen gewollt war, während Betriebsvereinbarungen vom Arbeitgeber, ohne Angabe bestimmter Kündigungsgründe, nachwirkungsfrei kündbar sein sollen.¹⁰⁷⁰ Ebenfalls widersprüchlich und aus der Sicht der Arbeitnehmer sogar als Rechtsformmißbrauch im Sinne des § 242 BGB halten sie die durch den Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts für den Arbeitgeber eröffnete Möglichkeit, eine vertragliche Einheitsregelung durch Umstrukturierung oder Verbesserung in eine Betriebsvereinbarung zu überführen,¹⁰⁷¹ um diese dann sofort und grundlos nach § 77 Abs. 5 BetrVG zu kündigen. Hierdurch würde der einzelne Arbeitnehmer seines Vertragsinhaltsschutzes beraubt werden.¹⁰⁷²

Um die genannten Wertungskonflikte zu vermeiden und um die Veränderungs- und Beendigungsinstrumentarien kollektiv- und individualrechtlicher Arbeitsbedingungen zu harmonisieren, schlagen *Hanau/Preis* vor, die arbeitgeberseitige Kündigung einer Betriebsvereinbarung an den Maßstab des billigen Ermessens (§ 315 Abs. 1 BGB) zu binden.

Sie begründen ihre Ansicht damit, daß eine Kündigung des Arbeitgebers die gleiche Wirkung wie dessen Widerruf der in der Betriebsvereinbarung geregelten begünstigenden Arbeitsbedingungen habe. Die Rechtsinstitute der Kündigung und des Widerrufs seien demnach nicht strikt zu unterscheiden. Jedoch gebiete dann die Einheit der Rechtsordnung, daß der in der Kündigung von Betriebsvereinbarungen liegende Widerruf begünstigender Arbeitsbedingungen nicht anders zu behandeln ist, als der Widerruf von individualvertraglichen Arbeitsbedingungen.¹⁰⁷³ Nach der Auffassung von *Hanau/Preis* verlangt der Zweck der Betriebsvereinbarung (Schutz der regelungsbetroffenen Arbeitnehmer), daß diese prinzipiell keine wesentlich geringere Be-

¹⁰⁶⁹ Hanau/Preis, NZA 1991, S. 81, 82 ff.

¹⁰⁷⁰ Hanau/Preis, NZA 1991, S. 81, 83.

¹⁰⁷¹ Vgl. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 4. der Gründe.

¹⁰⁷² So Hanau/Preis, NZA 1991, S. 81, 82.

¹⁰⁷³ Hanau/Preis, NZA 1991, S. 81, 86 und 88.

standskraft entfalten soll als eine drittbegünstigende Regelungsabrede, eine arbeitsvertragliche Einheitsregelung oder der Einzelarbeitsvertrag.¹⁰⁷⁴ Andernfalls würde eine frei kündbare Betriebsvereinbarung ihre Bedeutung als „das klassische Mittel“ zur Regelung betrieblicher Belange verlieren und wäre von den oben genannten Gestaltungsmitteln, das für den einzelnen Arbeitnehmer am wenigsten verlässliche.¹⁰⁷⁵ Aus den genannten Erwägungen von *Hanau/Preis* ist zu schließen, daß sie für die wirksame arbeitgeberseitige Kündigung einer Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 5 BetrVG einen aner kennenswerten, billigen, willkürfreien und nachvollziehbaren Grund voraussetzen.

Hilger/Stumpf erblicken einen weiteren Wertungswiderspruch zwischen der freien Kündbarkeit einer Betriebsvereinbarung und den Instrumenten zur Veränderung oder Beendigung gleichartiger individualarbeitsrechtlicher Ansprüche in der Änderungskündigung nach § 2 KSchG. So halten sie es für einen „geradezu absurden Widerspruch“, daß nach dem Kündigungsschutzgesetz (§ 2 KSchG) beispielsweise die durch eine betriebliche Übung arbeitsvertraglich begründeten Ansprüche der Arbeitnehmer den vollen Änderungsschutz genießen würden, und zwar auch für die Zukunft, während Arbeitnehmeransprüche aus einer Betriebsvereinbarung jedenfalls für die Zukunft einer jederzeit möglichen und nicht einmal an einen Grund gebundenen Kündigung des Arbeitgebers ausgesetzt würden.¹⁰⁷⁶ Deshalb wollen auch *Hilger/Stumpf* die freie Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen einschränken.¹⁰⁷⁷

(2) Kritik an den Ansichten von *Hanau/Preis* und *Hilger/Stumpf*

Bereits im Problemaufriß der vorliegenden Arbeit wurde im Zusammenhang mit der arbeitgeberseitigen teilweisen oder gänzlichen Streichung übertariflicher Geldzulagen, abhängig von der jeweiligen Anspruchsgrundlage dieser Gelder, auf Wertungswidersprüche zwischen den für diese Maßnahmen in Frage kommenden individualrechtlichen Gestaltungsmitteln, wie dem Widerruf nach § 315 Abs. 1 BGB oder der Änderungskündigung nach § 2 KSchG und dem kollektivrechtlichen Gestaltungsmittel der Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG hingewiesen.¹⁰⁷⁸ Diese, insbesondere im Verhältnis zwischen dem Widerruf und der Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG zu Tage tretenden Wertungswidersprüche sind auf die unterschiedlichen Voraussetzungen auf der Tatbestandsseite dieser Gestaltungsmittel zurückzuführen. Folgt man der überwiegenden Ansicht, daß der Arbeitgeber beim Widerruf arbeitsver-

¹⁰⁷⁴ Siehe *Hanau/Preis*, NZA 1991, S. 81, 83.

¹⁰⁷⁵ Vgl. *Hanau/Preis*, NZA 1991, S. 81, 84.

¹⁰⁷⁶ *Hilger/Stumpf*, BB 1990, S. 929, 930.

¹⁰⁷⁷ Den rechtliche Weg, den sie hierzu einschlagen, siehe in Teil 3: C. IV. 1. c) aa) (5).

¹⁰⁷⁸ Siehe Teil 1.

traglich gewährter übertariflicher Geldzulagen billiges Ermessen gemäß § 315 Abs. 1 BGB zu beachten hat, ihm dagegen bei der Gewährung dieser Zulagengelder durch Betriebsvereinbarung ein freies Kündigungsrecht nach § 77 Abs. 5 BetrVG zusteht, ergeben sich daraus unterschiedliche rechtliche Konsequenzen sowohl auf der Arbeitgeber- als auch Arbeitnehmerseite. Dies wird besonders deutlich, wenn sich die Anspruchsgrundlagen Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung überschneiden, dem einzelnen Arbeitnehmer der jeweilige Geldzulagenanspruch also aus zwei unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen zusteht. Will der Arbeitgeber diese Gelder durch teilweise oder gänzliche Streichung einsparen, müßte er dafür einerseits einen individualrechtlichen Widerruf (für nicht nur marginale Einsparungen einen Massenwiderruf), andererseits eine Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG aussprechen, wobei er aber zwei verschiedene Ermessensspielräume zu beachten hätte.¹⁰⁷⁹ Dieses Ergebnis ist unlogisch, wenn man sich vor Augen führt, daß der Arbeitgeber im Grunde nur eine Entscheidung, nämlich die Einsparung von übertariflichen Geldzulagen trifft. Der Wertungswiderspruch zwischen dem individualrechtlichen Widerruf und der kollektivrechtlichen Kündigung wird noch deutlicher, wenn man bedenkt, daß es oftmals nur vom Zufall abhängt, aufgrund welcher Anspruchsgrundlage der Arbeitnehmer übertarifliche Geldzulagen von seinem Arbeitgeber verlangen kann, der Arbeitgeber aber, unabhängig von der rechtlichen Form der Zahlungsverpflichtung das erklärte Ziel hat, sich von den übertariflichen Geldzulagenzahlungen zu befreien. Um die genannten Wertungswidersprüche zu vermeiden, bedarf es der Klärung, ob sich bei der arbeitgeberseitigen teilweisen oder gänzlichen Streichung übertariflicher Geldzulagen, unabhängig von der rechtlichen Form der Anspruchsgrundlage, nicht eine einheitliche Lösung, zumindest aber eine Harmonisierung der für diese Maßnahmen in Frage kommenden individual- und kollektivrechtlichen Gestaltungsmittel und den damit verbundenen Konsequenzen sowohl auf der Arbeitnehmer- als auch Arbeitgeberseite, anbietet.

Hanau/Preis sprechen sich im Zusammenhang mit der Kündigung von Betriebsvereinbarungen zu Recht ebenfalls für eine Harmonisierung der individual- und kollektivrechtlichen Veränderungs- und Beendigungsinstrumenta-

¹⁰⁷⁹ Folgt man dem Bundesarbeitsgericht und der überwiegenden Rechtslehre, die hinsichtlich übertariflicher Geldzulagen einen individualrechtlichen Arbeitgeberwiderruf nur nach billigem Ermessen im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB zulassen; vgl. z.B. BAG, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie; AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Lufthansa; AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle; AP Nrn. 4 und 8 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag; AP Nr. 20 zu § 611 BGB Direktionsrecht; AP Nr. 75 zu § 611 BGB Gratifikation; AP Nrn. 5 und 6 zu § 611 BGB Lohnzuschläge; AP Nr. 10 zu § 315 BGB; AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung; AP Nr. 6 zu § 2 KSchG 1969; Krauß, Widerruf von Arbeitgeberleistungen, S. 103 ff.; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 118 ff.; Blomeyer, Anm. zu BAG, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie, Bl. 3 f.; Bommermann, DB 1991, S. 2185; Böttcher, Anm. zu BAG, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Lohnzuschläge, Bl. 4 f.; Pfarr, BB 1983, S. 2001, 2008; a.A. MünchArbR-Bd. 1, Hanau, § 60 Rnn. 108 f.

rien, mit denen der Arbeitgeber Ansprüche seiner Arbeitnehmer (also auch übertarifliche Geldzulagen) verändern oder in diese eingreifen kann, aus.¹⁰⁸⁰ Dieses Ziel wollen sie aber mit der Einschränkung der arbeitgeberseitigen freien Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen durch die Forderung eines aner kennenswerten, billigenswerten, willkürfreien und nachvollziehbaren Grundes bei der Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG realisieren. Ihrer Ansicht nach stellt das freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers nach § 77 Abs. 5 BetrVG einen Wertungswiderspruch zum arbeitgeberseitigen individualrechtlichen Widerrufsrecht gemäß § 315 Abs. 1 BGB und der kündigungsrechtlichen Vorschrift des § 2 KSchG dar.¹⁰⁸¹

Da *Hanau/Preis*, aber auch *Hilger/Stumpf* die Harmonisierung der individual- und kollektivrechtlichen Gestaltungsmittel, wie die Kündigungen des Arbeitgebers nach § 77 Abs. 5 BetrVG und § 2 KSchG sowie seinem Widerruf gemäß § 315 Abs. 1 BGB, entgegen der hier vertretenen Ansicht durch eine Beschränkung des freien, arbeitgeberseitigen Kündigungsrechtes realisieren wollen, konzentriert sich die folgende kritische Auseinandersetzung zur „Einschränkbarkeit der freien Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen“ deshalb auf die von ihnen behaupteten Wertungswidersprüche zwischen diesen Gestaltungsmitteln. Es gilt zu untersuchen, ob die ohne an bestimmte Gründe gebundene arbeitgeberseitige Kündigung einer Betriebsvereinbarung gemäß § 77 Abs. 5 BetrVG wirklich einen Wertungswiderspruch zu der arbeitgeberseitigen Änderungskündigung gemäß § 2 KSchG oder dem individualrechtlichen Arbeitgeberwiderrief im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB darstellt und das freie Kündigungsrecht von Betriebsvereinbarungen seitens des Arbeitgebers deswegen einzuschränken ist.

(a) Keine Wertungskonflikte oder Wertungswidersprüche zwischen dem Widerruf nach freiem Belieben und der Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG

Grundlage für die Argumentation von *Hanau/Preis*, die Kündigung einer Betriebsvereinbarung an den Maßstab des billigen Ermessens gemäß § 315 Abs. 1 BGB zu binden, ist die Vergleichbarkeit der Rechtsinstitute des Widerrufs und der Kündigung. Ihrer Auffassung nach wirkt die Kündigung einer Betriebsvereinbarung gleichsam wie der Widerruf der in ihr geregelten begünstigenden Arbeitsbedingungen. Da der Widerruf vom Arbeitgeber nur nach billigem Ermessen gemäß § 315 Abs. 1 BGB ausgeübt werden könne, sind sie der Ansicht, die Einheit der Rechtsordnung gebiete es, auch die Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG dem Maßstab des billigen Ermessens zu unterwerfen. Damit wollen *Hanau/Preis* der Betriebsvereinbarung eine annähernd gleiche Bestandskraft wie etwa einer arbeitsvertraglichen Einheitsre-

¹⁰⁸⁰ Vgl. *Hanau/Preis*, NZA 1991, S. 81, 90 ff.

¹⁰⁸¹ Siehe hierzu *Hanau/Preis*, NZA 1991, S. 81, 82 ff.

gelung oder einem Individualarbeitsvertrag einräumen. Sie fordern einen sachgerechten Ausgleich zwischen der kollektiven Dispositionsfreiheit des Arbeitgebers und dem individuellen Schutzbedürfnis des einzelnen Arbeitnehmers.

Die hier im Zusammenhang mit übertariflichen Geldzulagen geschilderten und auch von *Hanau/Preis* und *Hilger/Stumpf* festgestellten Wertungskonflikte zwischen den individual- und kollektivrechtlichen Gestaltungsmitteln, durch die freiwillige zusätzliche Arbeitgeberleistungen verändert oder beendet werden können, bedürfen aus den bereits genannten Gründen einer Harmonisierung. Die maßgeblichen Gestaltungsmittel, um die es sich bei diesen Wertungskonflikten handelt und die einer Harmonisierung bedürfen, sind, wie aufgezeigt, der individualrechtliche Widerruf gemäß § 315 Abs. 1 BGB und die kollektivrechtliche Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG. Zumindest in dieser Hinsicht ist *Hanau/Preis* zuzustimmen. Dagegen ist die von ihnen vertretene Ansicht, eine Harmonisierung dieser beiden Gestaltungsmittel durch die Bindung der kollektivrechtlichen Kündigung (§ 77 Abs. 5 BetrVG) an den Maßstab des billigen Ermessens im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB zu erreichen, abzulehnen. *Hanau/Preis* gehen bei ihrem Harmonisierungsversuch, ebenso wie das Bundesarbeitsgericht und der überwiegende Teil der Literatur von der unrichtigen Vorstellung aus, daß der Arbeitgeber beim individualrechtlichen Widerruf nach § 315 Abs. 1 BGB zwingend billiges Ermessen zu beachten habe. Wie bereits ausführlich dargelegt wurde, enthält diese gesetzliche Vorschrift dispositives Recht („...im Zweifel...“), welches auch ein Widerrufsrecht nach freiem Belieben legitimiert, sofern sich der Arbeitgeber dieses ausdrücklich und unmißverständlich vorbehalten hat.¹⁰⁸² Der Arbeitgeber kann also sehr wohl sein vorbehaltenes Widerrufsrecht ohne das Vorliegen bestimmter Gründe ausüben, wobei er bei der Ausübung lediglich den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), das Gebot der guten Sitten, das Verbot von Rechtsmißbrauch und Willkür, § 134 in Verbindung mit § 2 KSchG sowie den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten hat.¹⁰⁸³ Setzt man die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des nicht an bestimmte Gründe gebundenen individualrechtlichen Widerrufs und der kollektivrechtlichen, dem Gesetzeswortlaut nach ebenso freien Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG miteinander in Relation, so zeigt sich, daß diese beiden Rechtsinstitute, sowohl hinsichtlich ihrer Tatbestandsvoraussetzungen als auch ihrer Rechtsfolgen miteinander harmonisieren und in rechtlichem Einklang stehen. Unter diesem Gesichtspunkt ist es deshalb nicht als widersprüchlich oder sogar als rechtsmißbräuchlich zu bezeichnen, wenn der Arbeitgeber eine arbeitsvertragliche Einheitsregelung durch Umstrukturierung oder Verbesserung in eine Betriebsvereinbarung überführt, um diese dann so-

¹⁰⁸² Vgl. hierzu Teil 3: A. III. 2. a) und c) cc).

¹⁰⁸³ Siehe Teil 3: A. III. 2. d).

fort nach § 77 Abs. 5 BetrVG zu kündigen.¹⁰⁸⁴ Schließlich kann der Arbeitgeber nach der hier vertretenen Ansicht die arbeitsvertragliche Einheitsregelung auch durch einen an keine bestimmten Gründe gebundenen Massenwiderruf, sofern er sich einen solchen vorbehalten hat, beseitigen.

Hanau/Preis gehen zwar völlig zu Recht davon aus, daß die Kündigung einer Betriebsvereinbarung die gleiche Wirkung wie ein Widerruf der dort geregelten begünstigenden Arbeitsbedingungen hat. Ebenso ist ihnen zu folgen, wenn sie fordern, daß dann aufgrund der Einheit der Rechtsordnung der in der Kündigung von Betriebsvereinbarungen liegende Widerruf begünstigender Arbeitsbedingungen nicht anders zu behandeln ist, als der Widerruf von individualvertraglichen Arbeitsbedingungen. Sie begehen allerdings, wie aufgezeigt, den grundlegenden Fehler, den individualrechtlichen Widerruf zwingend dem billigen Ermessen gemäß § 315 Abs. 1 BGB zu unterwerfen. Im Zuge ihres Harmonisierungsversuchs verkehren sie durch die entsprechende Einschränkung der freien Kündigung von Betriebsvereinbarungen zwangsläufig ausdrückliche gesetzliche Regelungen im Wege freier Rechtsfortbildung in ihr Gegenteil. Das Betriebsverfassungsgesetz enthält in § 77 nämlich keine Einschränkung des Kündigungsrechtes für Betriebsvereinbarungen. § 77 Abs. 5 BetrVG ist von seinem klaren Inhalt und vom Wortsinn unmißverständlich: Die Kündigung einer Betriebsvereinbarung bedarf keines Kündigungsgrundes.

(b) Keine Wertungskonflikte oder Wertungswidersprüche zwischen der Änderungskündigung nach § 2 KSchG und der Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG

Ebenso wie der Ansicht von *Hanau/Preis* ist der Auffassung von *Hilger/Stumpf*, welche einen Wertungswiderspruch zwischen der Änderungskündigung nach § 2 KSchG und der freien Kündbarkeit einer Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 5 BetrVG aufzeigen und deshalb dieses Kündigungsrecht durch Offenlegung der Kündigungsgründe beschränken wollen, nicht zuzustimmen. In der Tat erscheint es auf den ersten Blick zunächst widersprüchlich, wenn, um bei dem Beispiel von *Hilger/Stumpf* zu bleiben, durch eine betriebliche Übung arbeitsvertraglich begründete Ansprüche der Arbeitnehmer gemäß § 2 KSchG den vollen Änderungsschutz genießen, während Arbeitnehmeransprüche aus einer Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 5 BetrVG frei kündbar sind. §§ 2 KSchG und 77 Abs. 5 BetrVG sind zwar miteinander vergleichbar, weil durch beide Gestaltungsmittel im Rahmen der fortbestehenden Arbeitsverhältnisse Veränderungen eintreten, trotzdem gilt es zwischen der Änderung eines Arbeitsvertrages durch § 2 KSchG und dem Abbau einer freiwilligen, zusätzlichen Arbeitgeberleistung durch § 77 Abs. 5 BetrVG zu differenzieren. Der Gesetzgeber hält die ordentliche Kündigung

¹⁰⁸⁴ So aber *Hanau/Preis*, NZA 1991, S. 81, 82.

eines Arbeitsverhältnisses im Sinne der §§ 622 und 624 BGB, unabhängig von irgendwelchen Kündigungsgründen, prinzipiell für zulässig. Er macht von diesem Grundsatz durch die §§ 1 und 2 KSchG nur dann eine Ausnahme, wenn dieses Gesetz anwendbar ist (vergleiche §§ 1 Abs. 1 und 23 KSchG). Diese, vom Gesetzgeber selbst als Ausnahme verstandene Regelung, kann nicht als Prinzip verallgemeinert und auf andere Rechtsbereiche ausgedehnt werden. Das ausnahmsweise Eingreifen des Kündigungsschutzgesetzes wird nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen zugelassen. Wichtigste Regelung ist die Beendigungskündigung im Sinne des § 1 KSchG. Diese Form der Kündigung stellt den schwersten Eingriff des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer dar, weil dieser möglicherweise seine wirtschaftliche Existenzgrundlage verlieren kann. Auch wenn der Gesetzgeber vor Ausspruch dieser mitunter mit drastischen Rechtsfolgen verbundenen Beendigungskündigung zunächst die Vorabprüfung einer Änderungskündigung gemäß § 2 KSchG als milderer Mittel ausdrücklich vorschreibt (vergleiche § 1 Abs. 2 S. 3 KSchG), ist daraus nicht zu schließen, daß § 2 KSchG ohne deutliche Anhaltspunkte auf weniger gravierende Sachverhalte auf diejenigen Gesetze zwingend übertragen werden muß, die diese Sachverhalte unmittelbar regeln.¹⁰⁸⁵ Wie oben geschildert, regelt der eindeutige Gesetzeswortlaut des § 77 Abs. 5 BetrVG gerade die freie, nicht an bestimmte Gründe gebundene Kündigung einer Betriebsvereinbarung.

Die von *Hilger/Stumpf* angesprochenen Wertungswidersprüche relativieren sich, wenn man bedenkt, daß einzelvertragliche freiwillige Zusatzleistungen des Arbeitgebers von vornherein befristet oder widerruflich ausgestaltet sein können.¹⁰⁸⁶ Gerade im Bereich der freiwilligen übertariflichen Geldzulagen wird sich der Arbeitgeber bei der Gewährung dieser Gelder in aller Regel einen Widerrufsvorbehalt nach freiem Belieben vorbehalten, der es ihm nach der hier vertretenen Ansicht ermöglicht, diese Gelder jederzeit ohne Angabe bestimmter Gründe teilweise oder gänzlich zu streichen. Für diese Maßnahmen wird der Arbeitgeber also gar nicht auf eine Änderungskündigung im Sinne des § 2 KSchG zurückgreifen müssen, wobei er im Falle seines Widerrufs diese kündigungsrechtliche Schutznorm noch nicht einmal umgeht. Nach meiner Auffassung kann er nämlich die übertariflichen Geldzulagen, unabhängig von deren prozentualen Verhältnis zur Tariflohnsumme, teilweise oder vollständig widerrufen, ohne dabei in den von § 2 KSchG geschützten Kernbereich des Arbeitsverhältnisses einzugreifen.

¹⁰⁸⁵ Siehe Loritz, RdA 1991, S. 65, 69.

¹⁰⁸⁶ Vgl. auch BAG, AP Nr. 5 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter B. II. 5. der Gründe.

(3) Die Ansicht von *Schaub*: Einschränkung durch die zwingende Vorabprüfung einer Änderungskündigung analog § 2 KSchG

Schaub spricht sich im Zusammenhang mit seiner „Gedankenskizze“¹⁰⁸⁷ zum Kündigungsschutz bei Betriebsvereinbarungen über Sozialleistungen des Arbeitgebers, zu denen er die betriebliche Altersversorgung und Sonderzuwendungen einschließlich Zulagen zählt, ebenfalls für eine Einschränkung der freien Kündbarkeit aus.¹⁰⁸⁸ Er leitet aus dem „ultima-ratio-Prinzip“, dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nach dem Prinzip der unechten Rückwirkung ab, daß der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Beendigungskündigung von einer Betriebsvereinbarung die Möglichkeit einer Änderungskündigung¹⁰⁸⁹ analog § 2 KSchG prüfen muß. Andernfalls sei die Beendigungskündigung nach § 134 BGB unwirksam.¹⁰⁹⁰

Das „ultima-ratio-Prinzip“, dem das Bundesarbeitsgericht verfassungsrechtlichen Rang zubilligt,¹⁰⁹¹ gebietet es im Arbeitsvertragsrecht, daß der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Beendigungskündigung eines Arbeitsverhältnisses eine Änderungskündigung zu erklären hat, wenn diese zur Wahrung der beiderseitigen Interessen ausreichend ist.¹⁰⁹² Im nicht kodifizierten Arbeitskampfrecht wird dieses Prinzip mit einem, im direkten Zusammenhang mit einem Arbeitskampf verbundenen Eingriff, in fremde Rechtsgüter angewandt.¹⁰⁹³ *Schaub*, der das „ultima-ratio-Prinzip“ aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Wesen der Grundrechte ableitet und als allgemeinen Rechtsgrundsatz ansieht,¹⁰⁹⁴ folgert aus diesem Prinzip, daß von einem Rechtsbehelf zur Beseitigung von Rechtsnormen erst dann Gebrauch gemacht werden darf, wenn schwächere Mittel nicht in Betracht kommen.¹⁰⁹⁵ Als solches sieht er vor Ausspruch einer Beendigungskündigung im Sinne des § 77 Abs. 5 BetrVG die Vorabprüfung einer Änderungskündigung analog § 2 KSchG.

¹⁰⁸⁷ So *Schaub*, BB 1990, S. 289.

¹⁰⁸⁸ Vgl. *Schaub*, BB 1990, S. 289 ff.

¹⁰⁸⁹ Zum Begriff der Änderungskündigung siehe Teil 3: A. V. 1.

¹⁰⁹⁰ *Schaub*, BB 1990, S. 289, 290 f.

¹⁰⁹¹ Vgl. BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter 1. a) aa) der Gründe.

¹⁰⁹² So *Schaub*, BB 1990, S. 289, 290; ders., in: Hromadka, Änderung, S. 73, 75; vgl. auch BAG, AP Nr. 70 zu § 626 BGB unter III. 2. b) der Gründe; AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969 unter B. II. der Gründe.

¹⁰⁹³ Siehe hierzu BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter I. 3. der Gründe; Brox/Rüthers/Schlüter/Jülicher, Arbeitskampfrecht, Rn. 198; Däubler, Arbeitskampfrecht, Schuhmann, Rnn. 231 ff.

¹⁰⁹⁴ Siehe *Schaub*, BB 1990, S. 289, 290 f.

¹⁰⁹⁵ Vgl. *Schaub*, BB 1990, S. 289, 290.

Neben dem „ultima-ratio-Prinzip“ zieht *Schaub* für die Legitimierung der Änderungskündigung von Betriebsvereinbarungen den mit diesem Prinzip in engem Zusammenhang stehenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit heran.¹⁰⁹⁶ Dieser, aus dem Polizeirecht stammende, das Verhältnis Staat-Bürger regelnde, verfassungsrechtliche Grundsatz besagt, daß der Staat nur dann die Befugnis zum Eingriff in Rechtspositionen, insbesondere Grundrechtspositionen des Bürgers hat, wenn die betreffende Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen ist.¹⁰⁹⁷ Obwohl *Schaub* selbst einräumt, daß das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bislang nicht auf zivilrechtliche Ansprüche angewandt hat,¹⁰⁹⁸ befürwortet er trotzdem dessen Anwendung auf Betriebsvereinbarungen, da diese Rechtsnormen sind.¹⁰⁹⁹ Demnach müsse der Ausspruch einer Beendigungskündigung einer Betriebsvereinbarung über eine freiwillige Sozialleistung angemessen sein. Es „müsse zwischen der Kündigung und dem zu erreichenden Ziel eine soziale Verträglichkeit“ bestehen.¹¹⁰⁰

Schließlich leitet *Schaub* eine Kündigungsbeschränkung von Betriebsvereinbarungen mit Hilfe des Rechtsinstituts der Änderungskündigung analog § 2 KSchG aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nach dem Prinzip der unechten Rückwirkung ab.¹¹⁰¹ Ein Fall unechter Rückwirkung ist dann gegeben, wenn ein bestehendes Rechtsverhältnis erst für die Zukunft geändert wird.¹¹⁰² Gerade im Fall der durch Betriebsvereinbarung gewährten erdienten Besitzstände der betrieblichen Altersversorgung hält *Schaub* die unechte Rückwirkung für unwirksam, wenn sie zur völligen Entwertung der Rechtsstellung der Betroffenen führt. Der Arbeitgeber habe vor Ausspruch einer Beendigungskündigung das Vertrauen des einzelnen Arbeitnehmers am Fortbestand der Betriebsvereinbarung unter Berücksichtigung der Schutzwürdigkeit dessen beeinträchtigten Besitzstandes zu beachten.¹¹⁰³ Weiterhin habe der Arbeitgeber die Schwere seines durch die Kündigung bedingten Eingriffes, den Umfang des daraus resultierenden Vertrauensschadens sowie die Art und

¹⁰⁹⁶ Schaub, BB 1990, S. 289, 290.

¹⁰⁹⁷ Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vgl. BVerfGE 19, S. 342, 348 f.; 23, S. 127, 133; 30, S. 292, 315; 69, S. 161, 169 m.w.N.; Bull, Allg. VerwaltungsR, S. 103 f.; Liskén/Denninger, PolizeiR, Rachor, S. 265; Maurer, Allg. VerwaltungsR, S. 234.

¹⁰⁹⁸ Vgl. hierzu BVerfGE 30, S. 173, 199; 30, S. 292, 315.

¹⁰⁹⁹ Siehe Schaub, BB 1990, S. 289, 290.

¹¹⁰⁰ So Schaub, BB 1990, S. 289, 290.

¹¹⁰¹ Ausführlich zum Grundsatz des Vertrauensschutzes nach dem Prinzip der unechten Rückwirkung siehe Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 100 f. mit zahlreichen Nachweisen der Rspr. des BVerfG; ebenso Hilger/Stumpf, BB 1990, S. 929, 932 f.

¹¹⁰² Schaub, BB 1990, S. 289, 290; vgl. hierzu auch Wank, Kurzkommentar zum BAG, EWiR 1990, § 77 BetrVG 1972 2/90, S. 855, 856.

¹¹⁰³ Schaub, BB 1990, S. 289, 290.

Weise, durch die das Vertrauen enttäuscht wurde, gegen die Bedeutung für das Wohl des Betriebes gegeneinander abzuwägen.¹¹⁰⁴

Mit Hilfe der in § 2 KSchG ausgestalteten Änderungskündigung will *Schaub* die nach seiner Ansicht vom Gesetzgeber unbewußt geschaffene Regelungslücke im Bereich des § 77 Abs. 5 BetrVG schließen. Die Begriffsbestimmung und Voraussetzungen einer solchen Änderungskündigung von Betriebsvereinbarungen will *Schaub* an die gesetzliche Definition des § 2 KSchG anknüpfen. Wie jedes andere schuldrechtliche Rechtsverhältnis sei die Betriebsvereinbarung als privatrechtlicher Normenvertrag einer Änderungskündigung zugänglich.¹¹⁰⁵ Falls die Änderungskündigung gegen das „ultima-ratio-Prinzip“ oder gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder gegen den verfassungsrechtlichen Vertrauensgrundsatz verstößt, hält *Schaub* sie für unwirksam, sofern nicht das Änderungsangebot des Arbeitgebers diese Verstöße kompensiert. Nimmt der Betriebsrat ein zumutbares Änderungsangebot des Arbeitgebers an, kommt es *Schaubs* Ansicht nach zum Abschluß einer ablösenden Betriebsvereinbarung. Lehnt der Betriebsrat dagegen ein solches Änderungsangebot ab, so werde die Änderungskündigung zur Beendigungskündigung.¹¹⁰⁶

Die Überlegungen *Schaubs* hinsichtlich einer Änderungskündigung analog § 2 KSchG zielen im rechtlichen und praktischen Ergebnis vorrangig darauf ab, bereits erdiente, in einer Betriebsvereinbarung geregelte Besitzstände der Arbeitnehmer wie etwa Versorgungsanwartschaften, vor einer unbegründeten Beendigungskündigung des Arbeitgebers nach § 77 Abs. 5 BetrVG zu schützen. Seinen Ausführungen ist allerdings zu entnehmen, daß er den Kündigungsschutz mit Hilfe der zwingenden Änderungskündigung analog § 2 KSchG generell für die in Betriebsvereinbarungen geregelten Zusatzleistungen des Arbeitgebers, also auch für übertarifliche Geldzulagen befürwortet.¹¹⁰⁷

Hanau/Preis sprechen sich zwar ebenfalls für eine zwingende Vorabprüfung einer Änderungskündigung analog § 2 KSchG vor Ausspruch einer Beendigungskündigung aus, jedoch nur für den Fall, daß den Arbeitnehmern bereits erdiente Besitzstände (aus der betrieblichen Altersversorgung) aus der Betriebsvereinbarung erwachsen oder dort Arbeitsbedingungen geregelt sind, die den Umfang der beiderseitigen Hauptleistungspflichten betreffen.¹¹⁰⁸ Bei in Betriebsvereinbarungen geregelten zusätzlichen Leistungen außerhalb der

¹¹⁰⁴ So *Schaub*, BB 1990, S. 289, 290.

¹¹⁰⁵ *Schaub*, BB 1990, S. 289.

¹¹⁰⁶ Vgl. *Schaub*, BB 1990, S. 289, 291.

¹¹⁰⁷ Vgl. *Schaub*, BB 1990, S. 289.

¹¹⁰⁸ *Hanau/Preis*, NZA 1991, S. 81, 90 f.

Altersversorgung lehnen sie dagegen die zwingende Vorabprüfung einer Änderungskündigung ab, da sie eine generelle Anlehnung an § 2 KSchG für zu „weitgehend“ halten. Vielmehr schlagen *Hanau/Preis*, wie aufgezeigt, als „mittlere Lösung“ vor, die freie Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen ebenso wie den Widerruf an den Maßstab des billigen Ermessens im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB zu binden.¹¹⁰⁹ Auch *Kreutz* und *Wank* sprechen sich aus allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen (§ 2 KSchG) für die Zulässigkeit einer Änderungskündigung aus, halten aber die Prüfung einer solchen nicht für eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Beendigungskündigung.¹¹¹⁰ *Hilger/Stumpf*, die ebenfalls den Grundsatz der freien Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen ablehnen,¹¹¹¹ erwähnen und skizzieren zwar in ihrer diesbezüglichen wissenschaftlichen Abhandlung das Lösungsmodell *Schaub*s von einer Änderungskündigung einer Betriebsvereinbarung analog § 2 KSchG, lassen jedoch dieses Lösungsmodell ohne rechtliche Bewertung im Raum stehen.¹¹¹² Im Gegensatz zu *Schaub* hält *Loritz* die Vorabprüfung einer Änderungskündigung analog § 2 KSchG vor Ausspruch einer Beendigungskündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG, wie er sich treffend ausdrückt, „verfassungsrechtlich zwar nicht zwingend“, wohl aber für zulässig.¹¹¹³ *Koenig* schließlich hält die Änderungskündigung analog § 2 KSchG für eine mit dem Gesetzeswortlaut stimmige, zwischen Beendigungskündigung und nachfolgender Betriebsvereinbarung liegende Lösung.¹¹¹⁴

Das Bundesarbeitsgericht, das die Einschränkung der freien Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen grundsätzlich ablehnt, spricht sich in einer Entscheidung vom 26.10.1993 im Fall einer Beendigungskündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG ausdrücklich gegen eine zwingende Vorabprüfung einer Änderungskündigung analog § 2 KSchG aus.¹¹¹⁵ Eine von *Hanau/Preis* und *Schaub* angenommene, unbewußte Regelungslücke des Gesetzgebers, die eine analoge Anwendung des § 2 KSchG rechtfertigen könne, scheide wegen der Nachwirkungsregelung des § 77 Abs. 6 BetrVG für mitbestimmungs-

¹¹⁰⁹ Hanau/Preis, NZA 1991, S. 81, 92 f.

¹¹¹⁰ Kreutz, in: GK-BetrVG, § 77 Rn. 315; Wank, in: Hromadka, Änderung, S. 35, 50.

¹¹¹¹ Hilger/Stumpf, BB 1990, S. 929 ff.

¹¹¹² Hilger/Stumpf, BB 1990, S. 929, 931. Hilger lehnt in einer neueren wissenschaftlichen Abhandlung (Hilger, FS für D. Gaul, S. 327, 335) im Zusammenhang mit bereits erdienten Besitzständen der Arbeitnehmer jedoch eine Änderungskündigung einer Betriebsvereinbarung analog § 2 KSchG mit der Begründung ab, daß ein solcher Änderungsschutz nach dem individualrechtlichen Gesetz des § 2 KSchG auf die kollektiv begründeten und schon wegen des Gebotes der Gleichbehandlung nur einheitlich zu ändernden Tatbestände nicht passe.

¹¹¹³ Siehe Loritz, RdA 1991, S. 65, 71; ebenso GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 315; Schaub, BB 1990, S. 1639, 1640; Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 69 ff.

¹¹¹⁴ Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 70.

¹¹¹⁵ BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter 1. a) der Gründe.

pflichtige Betriebsvereinbarungen aus. Außerdem bestünden erhebliche Zweifel, ob die Grundsätze des § 2 KSchG, die speziell für Kündigungen von Arbeitsverhältnissen entwickelt worden seien, analogiefähig seien und auf die Kündigungen von Betriebsvereinbarungen übertragen werden könnten.¹¹¹⁶

(4) Kritik an der Ansicht von Schaub

Die Ansicht *Schaubs*, der die freie Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen dadurch einschränken will, daß der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Beendigungskündigung zwingend eine Änderungskündigung analog § 2 KSchG prüfen muß, ist abzulehnen. Die für seine Analogie zugrunde gelegten Begründungsversuche, wie das „ultima-ratio-Prinzip“, der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Grundsatz des Vertrauensschutzes nach dem Grundsatz der unechten Rückwirkung, vermögen im Ergebnis nicht zu überzeugen.

(a) Keine Legitimation der Änderungskündigung analog § 2 KSchG durch das „ultima-ratio-Prinzip“

Das „ultima-ratio-Prinzip“, das ausschließlich im individuellen Kündigungsschutz- und im Arbeitskampfrecht Anwendung findet, kann eine analoge Anwendung des § 2 KSchG nicht begründen, weil es nicht verallgemeinert werden kann und sich daher nicht auf andere Rechtsbereiche, wie dem hier relevanten Kündigungsrecht von Betriebsvereinbarungen, ausdehnen läßt.¹¹¹⁷ Die Anwendung dieses Prinzips im Bereich des Kündigungsschutz- und des Arbeitskampfrechts ist nicht vergleichbar mit einer möglichen Anwendung im Kündigungsrecht von Betriebsvereinbarungen.

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist der am schwersten wiegende Eingriff des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, wobei dessen wirtschaftliche Existenzgrundlage auf dem Spiel steht. Zudem hat der Gesetzgeber das „ultima-ratio-Prinzip“ im Kündigungsschutzgesetz ausdrücklich in § 1 Abs. 2 S. 3 KSchG geregelt. Im Arbeitskampf wird mit Druck oder sogar mit Gewalt auf die Sphäre des „Gegners“ eingewirkt (vergleiche §§ 240 und 253 StGB). Möglicherweise werden auch durch § 823 BGB geschützte Rechtsgüter verletzt. Diese (möglichen) massiven Eingriffe lassen den Arbeitskampf nur als „letztes Mittel“ in Anbetracht der verfassungsrechtlich

¹¹¹⁶ Siehe BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter 1. a) bb) der Gründe.

¹¹¹⁷ Vgl. dazu ausführlich Loritz (Loritz, RdA 1991, S. 65, 69), der sich in seinem umfassenden wissenschaftlichen Beitrag zur Kündbarkeit und Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen eingehend mit den Argumenten von Schaub hinsichtlich der Anwendung einer Änderungskündigung analog § 2 KSchG auf Betriebsvereinbarungen auseinandergesetzt hat. Loritz lehnt eine Anwendung des „ultima-ratio-Prinzips“ außerhalb der spezifischen Anwendungsbereiche kategorisch ab.

verbürgten Tarifautonomie zu. Durch die hier relevante Kündigung einer Betriebsvereinbarung über freiwillige zusätzliche Arbeitgeberleistungen wird dagegen nur eine privatrechtliche Beziehung zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern zu deren Ungunsten gestaltet. Die Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG stellt jedoch einen wesentlich geringeren Eingriff dar, als derjenige im Kündigungsschutz- oder im Arbeitskampfrecht. Es geht bei ihr weder um das eigentliche Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung noch um gewaltsame Eingriffe in durch § 823 BGB geschützte Rechtsgüter. Darüber hinaus ist zu bedenken, daß der Gesetzgeber mit der Nachwirkung bei mitbestimmten Betriebsvereinbarungen (§ 77 Abs. 6 BetrVG) eine Sonderregelung geschaffen hat, die im Fall einer Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG einen hinreichenden Arbeitnehmerschutz gerade im Hinblick auf freiwillige zusätzliche Arbeitgeberleistungen gewährleistet. Eine Änderungskündigung der Betriebsvereinbarungen analog § 2 KSchG kann somit nicht mit dem „ultima-ratio-Prinzip“ begründet werden.

(b) Keine Legitimation der Änderungskündigung analog § 2 KSchG durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann eine Änderungskündigung der Betriebsvereinbarung analog § 2 KSchG nicht legitimieren. Eine grundsätzliche und erst recht eine unveränderte Übertragung dieses, primär im Verhältnis Staat-Bürger geltenden Grundsatzes auf zivilrechtliche Ansprüche würde im Ergebnis das Ende der Vertragsfreiheit bedeuten, weil letztlich das Gericht unter Zugrundelegung der Maßstäbe der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit die jeweiligen Vertragsinhalte festlegen und bestimmen würde.¹¹¹⁸ Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes außerhalb des Verhältnisses Staat-Bürger zunächst grundsätzlich abgelehnt.¹¹¹⁹ In jüngerer Zeit hat es diesen Grundsatz jedoch auch als Maßstab für das Handeln von Privatrechtssubjekten herangezogen.¹¹²⁰ Ein verfassungsrechtlich begründeter Eingriff in den zunächst privaten Rechtssubjekten obliegenden Interessenausgleich sei dann gerechtfertigt, wenn für deren Grundrechte eine Gefahr bestehe.¹¹²¹ Demzufolge wäre eine Beschränkung der freien Kündbarkeit durch eine Änderungskündigung analog § 2 KSchG möglicherweise verfassungsrechtlich zu legitimieren. Das Bundesarbeitsgericht wendet den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Maßstab für das Handeln von Privatrechtssubjekten speziell im Bereich der betrieblichen Versorgungszusagen an. Es schränkt durch diesen Grundsatz das nach § 77 Abs. 5 BetrVG eigentlich freie Kündigungsrecht des

¹¹¹⁸ Vgl. dazu ausführlich Loritz, RdA 1991, S. 65, 67.

¹¹¹⁹ So BVerfGE 30, S. 173, 199.

¹¹²⁰ BVerfG, AP Nr. 65 zu Art. 12 GG unter C. I. 3. der Gründe.

¹¹²¹ So BVerfG, AP Nr. 65 zu Art. 12 GG unter C. I. 3. der Gründe.

Arbeitgebers de facto ein. Durch ein differenziertes Stufenmodell, das sich nach der Wertigkeit der erdienten Besitzstände richtet (Anwartschaftswert zur Zeit der Kürzung, der erdienten Dynamik und schließlich dem noch nicht erdienten, von weiterer Betriebstreue abhängigen Wertzuwachs), sollen bereits verfestigte Rechtspositionen der anspruchsberechtigten Versorgungsempfänger vor einer schrankenlosen Kündigung des Arbeitgebers geschützt und gesichert werden.¹¹²² Damit hängt aber die Wirksamkeit einer Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG nicht davon ab, welche Gründe den Arbeitgeber zur Kündigung veranlaßt haben; vielmehr sind die Gründe nur für die Rechtsfolgen der Kündigung von Bedeutung. Sofern der Arbeitgeber keine Gründe für seine Kündigung hat, wirkt sich diese nicht auf die Anwartschaften der im Betrieb tätigen Arbeitnehmer aus. In einem solchen Fall können nur neu in den Betrieb eintretende Arbeitnehmer nach Wegfall der Betriebsvereinbarung keine Anwartschaft mehr erwerben.¹¹²³ Das Bundesarbeitsgericht unterscheidet also im Gegensatz zu *Schaub*, der die Wirksamkeit einer Kündigung von dem Gewicht der Kündigungsgründe abhängig macht, zwischen der Kündbarkeit an sich und den daraus resultierenden Rechtsfolgen. Die Ausnahme der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes innerhalb des Verhältnisses Staat-Bürger gilt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur, wenn es sich, wie im Fall der Kündigung einer Betriebsvereinbarung über eine betriebliche Altersversorgung, um einen Eingriff in bestandsfeste, bereits erdiente Rechtspositionen der Arbeitnehmer handelt. Bei der Verhältnismäßigkeit der Kündigung einer Betriebsvereinbarung differenziert das Bundesarbeitsgericht insoweit zwischen bestehenden, bereits erdienten und künftigen, noch zu erwerbenden Rechtspositionen. Dies bedeutet, daß bei letzteren, wie zum Beispiel Gratifikationen oder übertariflichen Geldzulagen, die Regelung des § 77 Abs. 5 BetrVG uneingeschränkt gilt, weil dem Arbeitnehmer hier keine bestehenden günstigen Rechtspositionen genommen, sondern nur der zukünftige Erwerb solcher verhindert werden soll.¹¹²⁴ Unter Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind die beiden Konstellationen streng auseinanderzuhalten. *Schaub* macht jedoch den Fehler, diesen Grundsatz global auf alle durch Betriebsvereinbarung freiwillig und zusätzlich gewährten Arbeitgeberleistungen anzuwenden. Wie schon dargelegt, begründen nicht sämtliche angesprochenen Leistungen eine verfestigte Rechtsposition.¹¹²⁵ Deshalb kann im Bereich der noch nicht erdienten Besitzstände (wie etwa den übertariflichen Geldzulagen) der Verhältnismäßigkeitsgrund-

¹¹²² Siehe BAG, AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung LS 2 und 3 und unter III. 1. c) der Gründe, bestätigt durch AP Nr. 5 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung; vgl. auch AP Nr. 25 zu § 77 BetrVG 1972 unter II. 4. b) der Gründe; AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Besitzstand LS 1 bis 5; grundlegend dazu AP Nr. 4 zu § 1 BetrAVG Unterstützungskasse unter B. II. 3. c) der Gründe; vgl. auch DB 2000, S. 525, 526 f.

¹¹²³ BAG, AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung unter III. 1. b) der Gründe.

¹¹²⁴ Vgl. hierzu BAG, AP Nrn. 4 bis 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung.

¹¹²⁵ Vgl. auch Loritz, RdA 1991, S. 65, 68.

satz die freie Kündbarkeit einer Betriebsvereinbarung nicht beschränken. Demzufolge kann die dafür von *Schaub* vorgeschlagene Einschränkung der Kündigungsmöglichkeit bei freiwilligen Betriebsvereinbarungen durch eine Analogie zur Änderungskündigung gemäß § 2 KSchG nicht durch diesen Grundsatz legitimiert werden.

(c) Keine dogmatische Fundierung der Änderungskündigung analog § 2 KSchG mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nach dem Prinzip der unechten Rückwirkung

Ebenso vermag *Schaub*s dogmatische Fundierung der Änderungskündigung analog § 2 KSchG mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nach dem Prinzip der unechten Rückwirkung nicht zu überzeugen. Ebenso wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wurde der Grundsatz des Vertrauensschutzes ursprünglich für das Verhältnis Bürger-Staat bei Eingriffen des Staates in Rechtspositionen der Bürger entwickelt.¹¹²⁶ *Schaub* will, wie aufgezeigt, diesen Grundsatz auch auf die freie Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG übertragen, um die durch Betriebsvereinbarung zugesagten, speziell im Bereich der betrieblichen Versorgungszusagen bereits bestehenden Rechtspositionen der potentiellen Empfänger vor unbegründeten Änderungen oder Lossagungen zu schützen.¹¹²⁷ Dann müßte aber, leitet man den Grundsatz des Vertrauensschutzes mit der überwiegenden Ansicht aus dem Rechtsstaatsprinzip ab,¹¹²⁸ die gesetzliche Regelung der freien Kündbarkeit einer Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 5 BetrVG ihrerseits gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen und verfassungswidrig sein. Dies ist jedoch zu verneinen. Der Gesetzgeber hat durch die Nachwirkung für mitbestimmungspflichtige Betriebsvereinbarungen eine Regelung geschaffen (§ 77 Abs. 6 BetrVG), die einen Arbeitnehmerschutz, auch hinsichtlich bestehender Rechtspositionen, schon hinreichend berücksichtigt. Das Bundesarbeitsgericht, das für den Fall der Kündigung einer Betriebsvereinbarung über betriebliche Versorgungszusagen eine Nachwirkung dieser betrieblichen Vereinbarung im Sinne des § 77 Abs. 6 BetrVG ablehnt,¹¹²⁹ schützt aber unter Zugrundelegung des Verhältnis-mäßigkeits- und Vertrauensschutzgrundsatzes trotzdem die bereits erdienten esitzstände der Versorgungsberechtigten. Obwohl das Bundesarbeitsgericht

¹¹²⁶ Vgl. hierzu Pieroth, JZ 1990, S. 279 ff.

¹¹²⁷ *Schaub* (*Schaub*, BB 1990, S. 289 ff.) hält, wie erörtert, auch alle anderen freiwilligen zusätzlichen Arbeitgeberleistungen für schutzwürdig, jedoch stehen die bereits erdienten Besitzstände wie Versorgungsanswartschaften oder die betriebliche Altersversorgung als besonders schützenswerte Rechtspositionen im Mittelpunkt seiner wissenschaftlichen Abhandlung.

¹¹²⁸ BVerfGE 65, S. 196, 215 ff., 218; 74, S. 129, 155 ff.; 78, S. 249, 283 ff.; Erichsen, Allg. VerwaltungsR, Ehlers, S. 109; Maurer, Allg. VerwaltungsR, S. 22; Wolf/Bachof, VerwaltungsR I, S. 178.

¹¹²⁹ Vgl. BAG, AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung unter III. 1. b) der Gründe; AP Nr. 40 zu § 77 BetrVG 1972 LS und unter I. 2. der Gründe.

nach dem Wegfall der anspruchsbegründenden Betriebsvereinbarung keinen dogmatischen Weg gewiesen hat, aus welcher Anspruchsgrundlage die versorgungsberechtigten Arbeitnehmer nunmehr ihre Rechte herleiten können - das Bundesarbeitsgericht trifft nur die Feststellung, daß die Versorgungsbesitzstände kraft Gesetzes geschützt werden - stehen jedem einzelnen von ihnen unentziehbare Versorgungsansprüche zu.¹¹³⁰ Bereits bestehende Rechtspositionen können also nicht vom Arbeitgeber durch eine Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG zwangsläufig gekürzt oder sogar ganz entzogen werden. Will der Arbeitgeber auch in diese erdienten Besitzstände eingreifen, so muß er dies durch einen Widerruf in besonderer Weise zum Ausdruck bringen.¹¹³¹ An diesem schon „altbekannten“ Ergebnis¹¹³² wird deutlich, daß im Fall der Kündigung einer Betriebsvereinbarung über Versorgungszusagen und erst recht über sonstige freiwillige zusätzliche Arbeitgeberleistungen keine, von *Schaub* als verfassungsrechtlicher Ansatz für eine Beschränkung der freien Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen herangezogene, unechte Rückwirkung gegeben ist. Der Arbeitgeber entzieht den Versorgungsberechtigten durch die Kündigung in der Regel nicht bereits in der Vergangenheit erdiente Versorgungsbesitzstände, sondern will in Zukunft nur einen noch zu erdienenden Wertzuwachs dieser Besitzstände verhindern.¹¹³³ Damit greift er aber nur zukünftig ändernd in ein Dauerschuldverhältnis ein. Inwieweit ihm dies möglich ist, richtet sich allein nach der gesetzlichen Regelung des § 77 Abs. 5 BetrVG. Mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nach dem Prinzip der unechten Rückwirkung kann somit die freie Kündbarkeit einer Betriebsvereinbarung nicht beschränkt werden. Der aus diesem Grundsatz von *Schaub* hergeleitete dogmatische Begründungsversuch für eine zwingende Vorabprüfung einer Änderungskündigung analog § 2 KSchG vor Ausspruch einer Beendigungskündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG ist folglich abzulehnen.

Zwar ist die Änderungskündigung einer Betriebsvereinbarung generell für zulässig zu erachten, jedoch bestehen erhebliche Zweifel, ob diesbezüglich speziell die für Kündigungen von Arbeitsverhältnissen entwickelten Grundsätze des § 2 KSchG analog anwendbar sind.¹¹³⁴ Änderungskündigungen gab es im Arbeitsrecht bereits vor der Einfügung des § 2 KSchG in das Kündi-

¹¹³⁰ BAG, AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung unter III. 1. c) der Gründe; ausführlich zu dieser Problematik GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 338; Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 108 ff.; Blomeyer, DB 1990, S. 173, 174; Loritz, RdA 1991, S. 65, 72 f.

¹¹³¹ Vgl. BAG, AP Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung.

¹¹³² So schon Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. II/2, S. 1259 f.

¹¹³³ Vgl. dazu auch Lieb, gemeins. Anm. zu BAG, SAE 1983, S. 130, 134.

¹¹³⁴ Siehe hierzu auch BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter 1. a) bb) der Gründe.

ungsschutzgesetz. Da das Rechtsinstitut der Änderungskündigung Ausfluß der Privatautonomie ist, würde eine Analogie zu § 2 KSchG im Bereich von Betriebsvereinbarungen letztlich eine dem widersprechende gerichtliche Kontrolle des arbeitgeberseitigen Änderungsangebotes bedeuten.

(d) Keine Legitimation der Änderungskündigung analog § 2 KSchG durch eine Regelungslücke des § 77 Abs. 5 BetrVG

Da der Gesetzeswortlaut des § 77 Abs. 5 BetrVG von klarem Inhalt und vom Wortsinn her unmißverständlich ist, liegt nicht, wie von *Schaub* angenommen, eine vom Gesetzgeber unbewußt geschaffene Regelungslücke im Bereich des § 77 Abs. 5 BetrVG vor, welche eine Beschränkung der freien Kündbarkeit einer Betriebsvereinbarung durch eine Änderungskündigung analog § 2 KSchG legitimieren könnte. Die Vollständigkeit des § 77 BetrVG, einschließlich der Regelung in Abs. 5, dokumentiert der der Begründung zum Regierungsentwurf des Betriebsverfassungsgesetzes zu entnehmende Regelungsgrund der Abs. 4 bis 6 BetrVG. Diese Rechtsnormen sollten in Anlehnung an Regelungen von Tarifverträgen gesetzlich nicht geregelte Fragen beantworten und bestehende Rechtsunsicherheiten beseitigen.¹¹³⁵ Desweiteren spricht für die Vollständigkeit des § 77 BetrVG, der in § 77 Abs. 6 BetrVG manifestierte, hinreichend berücksichtigte Schutz der aus einer Betriebsvereinbarung anspruchsberechtigten Arbeitnehmer. Ein Bestandsschutz der Arbeitnehmeransprüche soll in Form der Nachwirkung (§ 77 Abs. 6 BetrVG) (nur) für mitbestimmungspflichtige Betriebsvereinbarungen gelten. Deswegen geht auch das Bundesarbeitsgericht zu Recht nicht von einer unbewußten Lücke im Regelungsbereich des § 77 Abs. 5 BetrVG aus, die durch die Einführung eines Kündigungsgrundes und der damit verbundenen Einschränkung des freien Kündigungsrechtes zu schließen wäre.¹¹³⁶

(5) Die Ansicht von *Hilger/Stumpf*: Einschränkung der freien Kündbarkeit durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes nach dem Prinzip der unechten Rückwirkung

Ebenso wie *Schaub*¹¹³⁷ leiten *Hilger/Stumpf* eine Beschränkung der freien Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nach dem Prinzip der unechten Rückwirkung ab.¹¹³⁸ Im Vordergrund ihrer diesbezüglichen Überlegungen, die sie explizit am Beispiel einer Betriebsvereinbarung über eine betriebliche Altersversorgung darstellen, steht

¹¹³⁵ BT-Drucks. VI/1786, S. 47.

¹¹³⁶ Siehe dazu BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. 2. b) (2) der Gründe; AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter 1. a) bb) der Gründe; AP Nr. 5 zu § 1 BetrVG Betriebsvereinbarung unter 2. c) der Gründe.

¹¹³⁷ *Schaub*, BB 1990, S. 289, 290.

¹¹³⁸ *Hilger/Stumpf*, BB 1990, S. 929 ff.; vgl. auch *Hilger*, FS für D. Gaul, S. 327, 334.

wie auch bei *Schaub* das Bestreben, die durch die Versorgungszulage bereits erdienten Besitzstände der Arbeitnehmer vor der Änderung durch eine unbegründete Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG zu schützen. Im Ergebnis befürworten *Hilger/Stumpf* im Fall einer Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG einen Vertrauensschutz der anspruchsberechtigten Arbeitnehmer jedoch auch bei allen anderen, durch Betriebsvereinbarung zusätzlich und freiwillig gewährten Arbeitgeberleistungen, wie beispielsweise die einem Arbeitnehmer zur Verfügung gestellte Werkswohnung, einen für dessen Kind bereitgestellten Kindergartenplatz, die Gewährung zusätzlichen Urlaubes, einer Weihnachtsgratifikation oder eines Jubiläumsgeldes.¹¹³⁹ Mit der Darstellung des Vertrauensschutzes der Arbeitnehmer im Fall einer unbegründeten Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG am Beispiel der betrieblichen Altersversorgung wollen *Hilger/Stumpf* nur die „augenfällige“ Dringlichkeit dieses Vertrauensschutzes dokumentieren.¹¹⁴⁰

Hilger/Stumpf wollen die freie Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen durch einen nach Dringlichkeit der Kündigung gestuften Vertrauensschutz einschränken.¹¹⁴¹ Grundlage ihres Gedankenganges ist eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 18.4.1989, in welcher der „Ruhegeldsenat“ feststellte, daß ein Besitzstandsschutz einer durch Betriebsvereinbarung zugesagten betrieblichen Rente kraft Gesetzes nach den Maßstäben der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes eintritt.¹¹⁴² Je stärker in Besitzstände der Arbeitnehmer eingegriffen werde, desto gewichtiger müßten die Änderungsgründe sein.¹¹⁴³ Daraus folgern *Hilger/Stumpf*, daß der Arbeitgeber sowohl bei der Änderung als auch bei der Beendigung einer Betriebsvereinbarung durch Kündigung die dafür maßgeblichen Gründe offenzulegen hat. Darüber hinaus verlangen sie, daß jeder dieser beiden Eingriffe in Besitzstände, unabhängig von seiner Berechtigung wegen des Vertrauensschutzes der betroffenen Arbeitnehmer, eine Übergangsregelung mit einschließt. Im Fall der betrieblichen Altersversorgung enthalte diese zwangsläufig eine nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtige Änderung des Leistungsplanes.¹¹⁴⁴ Im Ergebnis erachten *Hilger/Stumpf* die Kündigung einer Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 5 BetrVG hinsichtlich aller freiwilligen zusätzlichen Arbeitgeberleistungen nur dann für zulässig, wenn der Arbeitgeber hierfür einen rechtfertigenden Grund hat und der verfassungsrechtliche

¹¹³⁹ Hilger/Stumpf, BB 1990, S. 929, 936.

¹¹⁴⁰ So Hilger/Stumpf, BB 1990, S. 929, 936.

¹¹⁴¹ Hilger/Stumpf, BB 1990, S. 929, 931 ff.

¹¹⁴² Vgl. BAG, AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung LS 2.

¹¹⁴³ So BAG, AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung LS 2.

¹¹⁴⁴ So Hilger/Stumpf, BB 1990, S. 929, 933; vgl. auch Hilger, FS für D. Gaul, S. 327, 337 f.

Grundsatz des Vertrauensschutzes der von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmer hinreichend beachtet wurde.

Das Bundesarbeitsgericht hat sich in seiner Entscheidung vom 26.10.1993 der Ansicht von *Hilger/Stumpf* nicht anschließen können.¹¹⁴⁵ Es erkennt im Betriebsverfassungsgesetz keine Anhaltspunkte für eine derartige Einschränkung des freien Kündigungsrechtes von Betriebsvereinbarungen.¹¹⁴⁶

(6) Kritik an der Ansicht von *Hilger/Stumpf*

Im Gegensatz zu *Schaub*, welcher das freie Kündigungsrecht einer Betriebsvereinbarung mittels der zwingenden Vorabprüfung einer Änderungskündigung analog § 2 KSchG einschränken will, ziehen *Hilger/Stumpf* hierfür einen nach Dringlichkeit der Kündigung gestuften Vertrauensschutz der aus der jeweiligen betrieblichen Regelung anspruchsberechtigten Arbeitnehmer heran. Da *Hilger/Stumpf* ihren zu *Schaub* differierenden Begründungsansatz jedoch ebenso wie dieser mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nach dem Prinzip der unechten Rückwirkung fundieren, die Anwendung dieses Prinzips aber im Zusammenhang mit der Einschränkung des freien Kündigungsrechtes einer Betriebsvereinbarung negiert wurde, ist ihr entsprechender Einschränkungsvorschlag von vornherein abzulehnen. Insoweit kann auf die Kritik hinsichtlich des Vertrauensschutzes nach dem Prinzip der unechten Rückwirkung bei *Schaub* verwiesen werden.¹¹⁴⁷

Trotzdem soll die von *Hilger/Stumpf* befürwortete Einschränkungsmöglichkeit der freien Kündbarkeit einer Betriebsvereinbarung kurz kritisch gewürdigt werden. Ebenso wie *Schaub*, verkennen *Hilger/Stumpf*, welche einen rechtfertigenden Grund für die Kündigung einer Betriebsvereinbarung vor allem im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung verlangen, daß der Arbeitgeber durch eine (an keine Gründe gebundene) Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG überhaupt nicht in bereits erdiente Besitzstände der Arbeitnehmer eingreifen kann. Gerade im Bereich der Versorgungszusagen, die *Hilger/Stumpf*, aber auch *Schaub* für besonders schützenswert halten, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmern erdiente Versorgungsbesitzstände so überhaupt nicht entziehen, selbst wenn er es wollte.¹¹⁴⁸ Er müßte dies vielmehr durch einen Widerruf in besonderer Weise zum Ausdruck bringen. Der Arbeitgeber kann durch die Kündigung der in einer Betriebsvereinbarung getroffenen betrieblichen Versorgungsregelung nur einen zukünftig noch zu

¹¹⁴⁵ BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung.

¹¹⁴⁶ Vgl. BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter 1. a) aa) der Gründe.

¹¹⁴⁷ Siehe hierzu Teil 3: C. IV. 1. c) aa) (4) (c).

¹¹⁴⁸ Dies haben schon bereits Hueck/Nipperdey (Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. II/2, S. 1259 f.) festgestellt.

erdienenden Wertzuwachs dieser Besitzstände verhindern, mehr nicht.¹¹⁴⁹ Im Bereich übertariflicher Geldzulagen kann er sich hierdurch künftig weiterer geldwerter Ansprüche der Belegschaft entledigen.

Im Ergebnis läuft der von *Hilger/Stumpf* mit der Einschränkung des freien Kündigungsrechtes einer Betriebsvereinbarung verfolgte Hauptzweck (Schutz bereits erdienter Versorgungsbesitzstände der Arbeitnehmer) damit ins Leere. Ihr zu diesem vorrangigen Anliegen vorgebrachter Begründungsversuch stellt nur einen neuen dogmatischen, juristisch-konstruktiven Weg für das allseits bekannte Ergebnis dar, nämlich, daß eine solche Kündigung nicht automatisch den Wegfall bestehender Rechtspositionen bewirkt. Es ist zwar richtig, erworbene Rechte und Besitzstände der Arbeitnehmer zu schützen, dazu bedarf es aber, wie festgestellt, keiner Einschränkung des freien Kündigungsrechtes von Betriebsvereinbarungen. Erst recht bedarf es eines solchen Schutzes nicht, wenn es sich um nicht zu „erdienende“ Besitzstände wie beispielsweise übertarifliche Geldzulagen handelt. Entsprechend fehlt im Fall einer Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG eine rechtliche Fundierung für den von *Hilger/Stumpf* geforderten rechtfertigenden Kündigungsgrund sowie für eine „Übergangsregelung“.

(7) Die Ansicht von *Krebs*: Einschränkung durch eine Inhaltskontrolle analog § 315 Abs. 1 und 3 BGB

Krebs will die freie Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen durch eine Inhaltskontrolle der Kündigung analog § 315 Abs. 1 und 3 BGB einschränken.¹¹⁵⁰ Kernpunkt seiner Überlegungen ist, daß er sowohl die Gewährung einer freiwilligen zusätzlichen Arbeitgeberleistung durch Betriebsvereinbarung als auch ihre Streichung (durch Kündigung) für mitbestimmungsfrei hält, er die Existenz dieser Leistung also nur einseitigen Befugnissen des Arbeitgebers unterwirft. Folglich wäre bei solchen Betriebsvereinbarungen (ausnahmsweise) immer von einer zugunsten des Arbeitgebers gestörten Vertragsparität auszugehen, die eine analoge Anwendung des § 315 BGB legitimiere.¹¹⁵¹ In diesem Zusammenhang sei das Tatbestandsmerkmal „im Zweifel“ des § 315 Abs. 1 BGB deshalb nicht wörtlich zu verstehen. Vielmehr müsse das in dieser Vorschrift begründete billige Ermessen vom Arbeitgeber zwingend ausgeübt werden.¹¹⁵² *Krebs* unterwirft im Ergebnis die arbeitgeberseitige Kündigung einer Betriebsvereinbarung über freiwillige zusätzliche Arbeitgeberleistungen an die gesamte Belegschaft oder an Teile dieser einer

¹¹⁴⁹ Vgl. auch Lieb, gemeins. Anm. zu BAG, SAE 1983, S. 130, 134.

¹¹⁵⁰ Vgl. hierzu Krebs, Anm. zu BAG, SAE 1995, S. 280 ff.

¹¹⁵¹ Krebs, Anm. zu BAG, SAE 1995, S. 280, 287.

¹¹⁵² Siehe Krebs, Anm. zu BAG, SAE 1995, S. 280, 288.

Inhaltskontrolle analog § 315 Abs. 1 und 3 BGB wegen einer gestörten Vertragsparität zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.¹¹⁵³

(8) Kritik an der Ansicht von *Krebs*

Krebs, der die arbeitgeberseitige freie Kündigung einer Betriebsvereinbarung über freiwillige zusätzliche Arbeitgeberleistungen wegen einer gestörten Vertragsparität zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat einer Inhaltskontrolle analog § 315 Abs. 1 und 3 BGB unterziehen will, ist ebenfalls nicht zu folgen.

Bei der Gewährung einer freiwilligen zusätzlichen Arbeitgeberleistung (also auch übertariflicher Geldzulagen) durch eine Betriebsvereinbarung besteht keine gestörte Vertragsparität zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Die Entscheidung des Arbeitgebers hinsichtlich des zur Verfügung gestellten Geldvolumens ist zwar mitbestimmungsfrei,¹¹⁵⁴ der Betriebsrat hat jedoch bei den Modalitäten im Rahmen dessen generellen Zweckvorgaben einschließlich der Grundsätze für die Verteilung dieser Leistungen und des Verfahrens zur Leistungsbeurteilung ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.¹¹⁵⁵ Ebenso unterliegt die nähere Bestimmung des von den Zusatzleistungen begünstigten Personenkreises diesem Mitbestimmungsrecht.¹¹⁵⁶ Von einem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers, welches eine analoge Anwendung des § 315 Abs. 1 und 3 BGB im Rahmen des Kündigungsrechtes von Betriebsvereinbarungen rechtfertigt, kann bei einer so teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung nicht gesprochen werden.

Zudem ist das Leistungsbestimmungsrecht (§ 315 Abs. 1 BGB) von der ordentlichen Kündigung (§ 77 Abs. 5 BetrVG) inhaltlich abzugrenzen.¹¹⁵⁷ Während diese Kündigung als einseitiges Gestaltungsrecht auf die Aufhebung der Leistung gerichtet ist, erlaubt das Leistungsbestimmungsrecht deren einseitige Neugestaltung. Weiterhin bedarf die ordentliche Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG keines sachlichen Grundes, ist dafür aber an eine dreimonatige Frist gebunden. Das Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 Abs. 1 BGB ist hingegen an keine Frist, im Zweifel dafür aber an den Maßstab des billigen Ermessens gebunden. Zudem setzt die analoge Anwendung des § 315 BGB eine Regelungslücke im Kündigungsrecht von Betriebsvereinbarungen voraus, die jedoch, wie aufgezeigt, nicht besteht. Die in diesem Zusammenhang von *Krebs* zur Einschränkung der freien Kündbarkeit von Be-

¹¹⁵³ So *Krebs*, Anm. zu BAG, SAE 1995, S. 280, 288.

¹¹⁵⁴ Siehe Teil 2: D. IV. 1. a).

¹¹⁵⁵ Dazu Teil 2: D. IV. 2. und 3.

¹¹⁵⁶ Vgl. Teil 2: D. IV. 4.

¹¹⁵⁷ Vgl. hierzu Soergel, BGB, Wolf, § 315 Rn. 67.

triebsvereinbarungen doppelt analog angewandte Vorschrift des § 315 BGB ist im Ergebnis somit abzulehnen.

(9) Generelle Bedenken gegen die Einschränkung

Schließlich ist auch aus rechtspolitischen Erwägungen eine Einschränkung der freien Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen abzulehnen. Vor allem im Bereich der hier behandelten freiwilligen zusätzlichen Arbeitgeberleistungen ist der Arbeitgeber durch eine an keine bestimmte Gründe gebundene Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG von dem Risiko einer zu „starken“ Bindungswirkung zu entlasten. Dadurch kann er sich in rezessiven Phasen der Konjunktur schnell und flexibel den bestehenden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen anpassen, bevor sein Unternehmen unter Umständen in eine existenzbedrohende Situation gerät und möglicherweise Arbeitsplätze abgebaut werden müssen.

Die ohne an bestimmte Gründe gebundene Kündigungsmöglichkeit des Arbeitgebers bringt aber auch Vorteile für seine Belegschaft mit sich. Je leichter sich der Arbeitgeber in wirtschaftlich „schweren Zeiten“ entsprechend den unternehmerischen Erfordernissen von freiwilligen zusätzlichen Leistungen lösen kann, desto eher wird er auch bereit sein, in hochkonjunkturellen Phasen solche Leistungen seiner Belegschaft großzügig zu bewilligen. Würde man die Kündigung einer solchen Betriebsvereinbarung dagegen an einen sachlichen Grund binden, könnte es sein, daß der Arbeitgeber freiwillige zusätzliche Leistungen nur noch zögerlich oder überhaupt nicht mehr gewährt. Eine derartige mangelhafte Leistungsbereitschaft des Arbeitgebers ist übrigens auch dann zu erwarten, wenn man ihm für den Fall der Zusage freiwilliger zusätzlicher Leistungen durch Arbeitsvertrag oder Allgemeinen Arbeitsbedingungen entgegen der hier vertretenen Ansicht einen vorbehaltenen Widerruf dieser Leistungen nur nach billigem Ermessen im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB zugestehen würde.

Durch die „leichte“ Lösbarkeit einer betrieblichen Vereinbarung besteht zwar, wie von *Blomeyer* behauptet, für den Arbeitgeber ein besonderer „Reiz“ davon Gebrauch zu machen,¹¹⁵⁸ die Betriebsvereinbarung verliert dadurch aber nicht, wie von *Hanau/Preis* befürchtet, schlechthin ihre Bedeutung als das „klassische Mittel“ zur Regelung betrieblicher Belange.¹¹⁵⁹ Dies wird gerade durch die oben dargestellte Harmonisierung des individualrechtlichen Widerrufs und der kollektivrechtlichen ordentlichen Kündigung verhindert. Somit entfaltet die Betriebsvereinbarung keine geringere Bestandskraft als der Einzelarbeitsvertrag oder etwa eine arbeitsvertragliche Einheitsregelung.

¹¹⁵⁸ So *Blomeyer*, DB 1990, S. 173.

¹¹⁵⁹ Vgl. *Hanau/Preis*, NZA 1991, S. 81, 84.

(10) Ergebnis zur Einschränkung des freien Kündigungsrechtes

Aufgrund der geschilderten Argumente bedarf die Kündigung einer übertarifliche Geldzulagen regelnden Betriebsvereinbarung im Ergebnis somit keines Kündigungsgrundes. Auch eine anderweitige Beschränkung der nach § 77 Abs. 5 BetrVG freien Kündbarkeit (§ 2 KSchG analog) ist abzulehnen. Insofern ist dem Bundesarbeitsgericht und der überwiegenden Rechtslehre zu folgen.

bb) Abweichende Regelungen hinsichtlich des freien Kündigungsrechtes

Die freie Kündbarkeit einer Betriebsvereinbarung unterliegt nach dem Gesetzeswortlaut des § 77 Abs. 5 BetrVG der Disposition der Betriebsparteien („...soweit nichts anderes vereinbart ist...“). Arbeitgeber und Betriebsrat können demnach in der betreffenden Betriebsvereinbarung sowohl die Kündigungsfrist, abweichend von § 77 Abs. 5 BetrVG, länger oder kürzer als für die Dauer von drei Monaten vereinbaren als auch die freie Kündigung insgesamt ausschließen.¹¹⁶⁰ Sie können einen solchen Ausschluß auch dergestalt vereinbaren, daß er nur für bereits bestehende Arbeitsverhältnisse gelten soll, für neu in den Betrieb eintretende Arbeitnehmer dagegen nicht. Der Ausschluß der freien Kündbarkeit kann sich auch konkludent aus dem Zweck oder dem Inhalt der Betriebsvereinbarung ergeben. Beispielsweise sind Betriebsvereinbarungen zur Regelung einer einmaligen Angelegenheit regelmäßig nicht kündbar, weil eine Kündigung dem Zweck der Regelung widersprechen würde.¹¹⁶¹ Schließlich können die Betriebsparteien die ordentliche Kündigung an besondere Gründe binden.¹¹⁶²

2. Rechtsfolgen der arbeitgeberseitigen ordentlichen Kündigung

Hat der Arbeitgeber die übertarifliche Geldzulagen regelnde Betriebsvereinbarung wirksam gekündigt (nach § 77 Abs. 5 BetrVG), so sind im folgenden die sich daran anschließenden Rechtsfolgen zu untersuchen. Besonderes Augenmerk gilt hierbei der Fallkonstellation, in welcher der Arbeitgeber die Geldzulagen seiner Arbeitnehmer durch die Kündigung nicht gänzlich, son-

¹¹⁶⁰ Vgl. hierzu z.B. BAG, AP Nr. 5 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung; AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 53; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 130; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 312; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 204; Kerschner/Zimmermann, Die Betriebsvereinbarung, S. 85; Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 80; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 37; Reinfeld, Kündigung und Nachwirkung, S. 93; Blomeyer, DB 1985, S. 2506, 2507.

¹¹⁶¹ GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 312; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 38.

¹¹⁶² Zum Ganzen vgl. Hanau/Preis, NZA 1991, S. 81, 87.

dem nur teilweise beseitigen will. Wie eingangs angesprochen, wirft diese Form der Zulagenkürzung zahlreiche Sachprobleme auf, die klärungsbedürftig sind.¹¹⁶³

a) Wegfall der Anspruchsgrundlage für übertarifliche Geldzulagen

Ihrem Sinn und Zweck nach ist die Kündigung ein Gestaltungsrecht für Dauerrechtsbeziehungen.¹¹⁶⁴ Sie beendet das Rechtsverhältnis für die Zukunft, läßt es aber für die Vergangenheit unberührt.¹¹⁶⁵ Bei der in dieser Untersuchung relevanten Betriebsvereinbarung, durch die der gesamten Belegschaft oder Teilen dieser ein Anspruch auf übertarifliche Geldzulagen in Form von Leistungs- oder Erschwerniszulagen zusteht, handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis, da den Arbeitnehmern diese Gelder in der Regel nicht nur einmalig, sondern wiederkehrend zugesagt sind.¹¹⁶⁶ Daraus ergibt sich, daß die Betriebsvereinbarung nach der Kündigung durch den Arbeitgeber unter Berücksichtigung der gesetzlichen Auslaufzeit von drei Monaten (§ 77 Abs. 5 BetrVG) für die Zukunft beendet ist. Die aus ihr ursprünglich anspruchsberechtigten Arbeitnehmer können demnach keine Ansprüche auf übertarifliche Zulagengelder gegenüber ihrem Arbeitgeber mehr geltend machen.

b) Nachwirkung der übertarifliche Geldzulagen regelnden teilmittelbestimmten Betriebsvereinbarung gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG

Wie die oben dargestellten Überlegungen verdeutlichen, kann zwar die freie arbeitgeberseitige Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen nicht beschränkt werden, gleichwohl könnte durch die Nachwirkungsregelung des § 77 Abs. 6 BetrVG dem Arbeitgeber die Loslösung von einmal freiwillig kollektivrechtlich erteilten Zusatzleistungen erschwert werden oder für ihn sogar ausgeschlossen sein.

In diesem Zusammenhang ist zu untersuchen, ob die übertarifliche Geldzulagen regelnde Betriebsvereinbarung, die durch die Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG beendet worden ist, Nachwirkung im Sinne des § 77 Abs. 6 BetrVG entfaltet und den Arbeitnehmern möglicherweise weiterhin solange einen Anspruch auf übertarifliche Geldzulagen zugesteht, solange der Arbeitgeber und der Betriebsrat keine anderweitige Zulagenregelung vereinbart haben.

¹¹⁶³ Vgl. Teil 1.

¹¹⁶⁴ Siehe z.B. Fikentscher, SchR, S. 38 f.; Larenz, SchR-Bd. II/1, S. 305, 331 und 336 f.; Molitor, Die Kündigung, S. 3.

¹¹⁶⁵ Siehe Palandt, BGB, Heinrichs, Einf. v. § 346 Rn. 8.

¹¹⁶⁶ Zum Begriff des Dauerschuldverhältnisses vgl. z.B. Larenz/Wolf, BGB-AT, S. 258 f.

„Nachwirkung“ bedeutet, daß die Regelungen einer Betriebsvereinbarung ihre unmittelbare Geltungswirkung im Sinne des § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG auf die Arbeitsverhältnisse im Geltungsbereich dieser betrieblichen Vereinbarung für die Zukunft behalten.¹¹⁶⁷ Aus dem Wortlaut des § 77 Abs. 6 BetrVG („..., bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden.“) ergibt sich, daß die Normen einer Betriebsvereinbarung jedoch nicht unabdingbar zwingend weitergelten.¹¹⁶⁸ Nach überwiegender Ansicht können sie durch Tarifvertrag (jedoch nicht bei der Regelung hinsichtlich übertariflicher Geldzulagen), Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag ersetzt werden.¹¹⁶⁹

Die Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung setzt voraus, daß deren zeitliche Geltung als solche abgelaufen ist.¹¹⁷⁰ In dem der Untersuchung zugrunde liegenden Fall erfolgt dies durch die wirksame beendigende ordentliche Kündigung des Arbeitgebers gemäß § 77 Abs. 5 BetrVG.

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 77 Abs. 6 BetrVG können die Regelungen einer abgelaufenen Betriebsvereinbarung in solchen Angelegenheiten Nachwirkung entfalten, in denen ein Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzen kann (vergleiche §§ 77 Abs. 6 und 76 Abs. 5 BetrVG). Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der überwiegenden Ansicht der Rechtslehre betrifft dies nur Regelungsgegenstände, die der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrates unterliegen (vergleiche § 87 Abs. 1 BetrVG).¹¹⁷¹ Diese Voraussetzung erfüllt eine

¹¹⁶⁷ Zum Begriff vgl. Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 151; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 332.

¹¹⁶⁸ Vgl. auch Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 151; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 332; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 234; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 47.

¹¹⁶⁹ Vgl. Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 157; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 332; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 231; a.A. MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rnn. 47 f.; Hanau, RdA 1989, S. 207, 211.

¹¹⁷⁰ GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 334; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 153.

¹¹⁷¹ Siehe dazu BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. 3. der Gründe; AP Nr. 5 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter B. II. der Gründe; AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter 2. a) der Gründe; AP Nr. 5 zu § 77 BetrVG 1972 unter 2. a) der Gründe; AP Nr. 14 zu § 77 BetrVG 1972 unter 3. h) der Gründe; AP Nr. 40 zu § 77 BetrVG 1972 unter I. 2. b) der Gründe; AP Nr. 2 zu § 1 BetrVG Betriebsvereinbarung unter III. 1. b) der Gründe; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rnn. 58 f.; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 152; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 42; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 335; Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke/Klebe, BetrVG, § 77 Rn. 17; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 229; Stege/Weinspach, BetrVG, § 77 Rn. 44; Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 183 ff.; Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 84 ff.; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rnn. 46 und 54; Schaub, ArbR, S. 1880 f.; ders., BB 1990, S. 1639, 1640 f.; Zöllner/Loritz, ArbR, S. 536; Leinemann, BB 1989, S. 1905, 1907 f.; Loritz, RdA 1991, S. 65; Schuster, FS für D. Gaul, S. 199, 215.

übertarifliche Geldzulagen regelnde Betriebsvereinbarung, wie auch generell jede Betriebsvereinbarung über eine Entgeltleistung, nur teilweise. Solche Betriebsvereinbarungen enthalten nämlich neben mitbestimmungspflichtigen erzwingbaren auch mitbestimmungsfreie freiwillige Regelungskomplexe (sogenannte teilmitbestimmte Betriebsvereinbarungen). Wie erörtert, ist entsprechend der „Topftheorie“ zwar der Dotierungsrahmen der übertariflichen Geldzulagen mitbestimmungsfrei,¹¹⁷² jedoch hat der Betriebsrat bei den Modalitäten im Rahmen der arbeitgeberseitigen Zweckvorgaben einschließlich der Grundsätze für die Verteilung dieser Leistungen und des Verfahrens zur Leistungsbeurteilung ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.¹¹⁷³ Ebenso unterliegt die nähere Bestimmung des von den übertariflichen Geldzulagen begünstigten Personenkreises diesem Mitbestimmungsrecht.¹¹⁷⁴

Der engen Verknüpfung von Zulagenvolumen und dem sich hierauf beziehenden Leistungsplan zur Verteilung der Gelder tragen die Betriebsparteien in der arbeitsrechtlichen Praxis in der Regel durch Vereinbarung einer einheitlichen allumfassenden Betriebsvereinbarung Rechnung.¹¹⁷⁵ Ein Dotierungsrahmen ohne entsprechenden Verteilungsplan ist ebenso unsinnig, wie ein Verteilungsplan ohne Dotierungsrahmen. Fraglich ist, wie sich dieses Nebeneinander von mitbestimmungsfreien und mitbestimmungspflichtigen Regelungskomplexen im Fall einer beendigenden Kündigung der Betriebsvereinbarung auf deren Nachwirkung auswirkt. Wirken wegen der Mitbestimmungspflichtigkeit des Leistungsplanes (nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) die Regelungen der Betriebsvereinbarung insgesamt nach, also auch unter Aufrechterhaltung des an sich mitbestimmungsfreien Zulagenvolumens oder entfällt aufgrund des mitbestimmungsfreien Dotierungsrahmens trotz des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates beim Verteilungsplan eine Nachwirkung der gesamten betrieblichen Regelung? Das Bundesarbeitsgericht und der überwiegende Teil der Rechtslehre beantworten diese Frage in Abhängigkeit von dem Zweck, den der Arbeitgeber mit seiner Kündigung verfolgt.¹¹⁷⁶

¹¹⁷² Siehe Teil 2: D. IV. 1. a).

¹¹⁷³ Hierzu Teil 2: D. IV. 2. und 3.

¹¹⁷⁴ Vgl. Teil 2: D. IV. 4.

¹¹⁷⁵ Vgl. hierzu die Betriebsvereinbarungen, mit denen sich das Bundesarbeitsgericht beispielsweise in BAG, AP Nrn. 4 bis 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung zu beschäftigen hatte.

¹¹⁷⁶ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 40 zu § 77 BetrVG 1972 unter I. 2. b) der Gründe; AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. 3. b) (3) der Gründe; AP Nr. 5 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter B. II. 3. der Gründe; AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter 2. a) der Gründe; AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. 2. der Gründe; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rnn. 162 f.; Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke/Klebe, BetrVG, § 77 Rn. 18; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 235 b); Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 158; Stege/Weinspach, BetrVG, § 77 Rn. 44; Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 206 ff.; Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 87 ff.; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn.

Die Erörterung, ob die Betriebsparteien eine Nachwirkung der betrieblichen Geldzulagenregelung im voraus vereinbaren (falls die Betriebsvereinbarung keine Nachwirkung entfaltet) oder im vorhinein ausschließen (falls die Betriebsvereinbarung Nachwirkung entfaltet) können, kann an dieser Stelle nicht vorweggenommen werden. Da es sich bei der übertarifliche Geldzulagen regelnden Betriebsvereinbarung um eine teilmitbestimmte Betriebsvereinbarung handelt, richtet sich die Beantwortung dieser Frage maßgeblich nach deren Nachwirkungslage. Deshalb wird erst im Anschluß an diese Prüfung eine eventuell mögliche Vereinbarung der Nachwirkung beziehungsweise ein eventuell möglicher Ausschluß dieser diskutiert.¹¹⁷⁷

aa) Nachwirkung bei beabsichtigter gänzlicher Streichung der übertariflichen Geldzulagen

(1) Keine Nachwirkung der gesamten teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung

Verschiedene Senate des Bundesarbeitsgerichts haben seit 1989 im Ergebnis übereinstimmend jede Nachwirkung einer teilmitbestimmten gekündigten Betriebsvereinbarung über freiwillige Arbeitgeberleistungen verneint, sofern der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigt, die Leistungen gänzlich und ersatzlos zu streichen.¹¹⁷⁸ Begründet wird dies damit, daß der Arbeitgeber nicht zu zusätzlichen freiwilligen Leistungen über die Einigungsstelle gezwungen werden darf. Zwar unterliegt nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts die nähere Ausgestaltung der freiwilligen Leistung durch den sogenannten Leistungsplan der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrates gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, jedoch ist dieser Leistungsplan nur solange von Bedeutung, solange der Arbeitgeber die freiwillige Leistung erbringt.¹¹⁷⁹ Will der Arbeitgeber die freiwillige Leistung gänzlich und ersatzlos streichen, kann es nach dem Wirksamwerden der Kündigung keine Nachwirkung der Betriebsvereinbarung mehr geben, weil es für den Betriebsrat nun

56; Hanau, NZA 1985, Beil. Nr. 2, S. 3, 10; Leinemann, BB 1989, S. 1905, 1908; Loritz, RdA 1991, S. 65, 76; Schuster, FS für D. Gaul, S. 199, 216; kritisch Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 59; differenzierend Blomeyer, DB 1985, S. 2507, 2509; ders., DB 1990, S. 173 ff.; Schirge, DB 1991, S. 441, 443 f.

¹¹⁷⁷ Siehe hierzu Teil 3: C. IV. 3.

¹¹⁷⁸ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 40 zu § 77 BetrVG 1972 unter I. 2. b) der Gründe; AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. 3. b) (3) der Gründe; AP Nr. 5 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter B. II. 3. der Gründe; AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter 2. a) der Gründe; AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. 2. der Gründe.

¹¹⁷⁹ So in BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. 3. b) (3) der Gründe; AP Nr. 5 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter B. II. 3. der Gründe.

„nichts“ mehr mitzubestimmen gibt.¹¹⁸⁰ Kernargumentation dieser Rechtsprechung ist die Tatsache, daß es nach der Kündigung des Arbeitgebers für ihn nichts mehr zu verteilen gebe und dementsprechend der Betriebsrat keine Möglichkeit habe, den bisherigen Leistungsplan und Verteilungsschlüssel zu erhalten oder einen neuen durch Anrufung der Einigungsstelle zu erzwingen.¹¹⁸¹ Darüber hinaus weist das Bundesarbeitsgericht auf die Wechselwirkung der §§ 88 und 77 Abs. 5 BetrVG hin. Demnach könne sich der Arbeitgeber von freiwillig übernommenen Belastungen unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist ohne gerichtlich nachprüfbare Begründung trennen. Es widerspräche der Intention des Gesetzgebers, wenn durch die Nachwirkung der beendigten teilmittelbestimmten Betriebsvereinbarung diese gesetzlichen Vorgaben dadurch in ihr Gegenteil verkehrt würden, daß der Arbeitgeber wie bisher die finanziellen Belastungen tragen müßte.¹¹⁸² Nur durch Ausschluß der Nachwirkung bei teilmittelbestimmten Betriebsvereinbarungen könne sichergestellt werden, daß der Arbeitgeber nicht mit Mitteln des Betriebsverfassungsrechts gezwungen werden kann, eine freiwillige Leistung länger zu erbringen, als er aufgrund der in der Betriebsvereinbarung eingegangenen Bindung verpflichtet ist.¹¹⁸³ Die überwiegende Rechtslehre folgt dieser Rechtsprechung uneingeschränkt.¹¹⁸⁴ Gleichwohl wird von einer Mindermeinung im Schrifttum durch eine analoge Anwendung des § 4 Abs. 5 TVG,¹¹⁸⁵ teilweise auch in Analogie zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 112 BetrVG,¹¹⁸⁶ die Nachwirkung von abgelaufenen

teilmittelbe-

¹¹⁸⁰ BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. 3. b) (3) der Gründe; AP Nr. 5 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter B. II. 3. der Gründe; Leinemann, BB 1989, S. 1905, 1909; Loritz, RdA 1991, S. 65, 76.

¹¹⁸¹ Siehe z.B. BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. 3. b) (3) der Gründe.

¹¹⁸² So BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. 3. b) (3) der Gründe.

¹¹⁸³ Vgl. BAG, AP Nr. 5 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter B. II. 3. der Gründe.

¹¹⁸⁴ Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 162; Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke/Klebe, BetrVG, § 77 Rn. 18; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 235 a); Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 158; Stege/Weinspach, BetrVG, § 77 Rn. 44; Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 206 ff.; Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 87 ff.; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 56; Schaub, ArbR, S. 1881 f.; Hanau, NZA 1985, Beil. Nr. 2, S. 3, 10; Leinemann, BB 1989, S. 1905, 1908; Loritz, RdA 1991, S. 65, 76; Schuster, FS für D. Gaul, S. 199, 216; kritisch Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 59; differenzierend Blomeyer, DB 1985, S. 2507, 2509; ders., DB 1990, S. 173 ff.; Schirge, DB 1991, S. 441, 443 f.

¹¹⁸⁵ Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 155; ders., ZfA 1992, S. 307, 327 ff.; ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 40 zu § 77 BetrVG 1972, Bl. 3, 5; Blomeyer (Blomeyer, DB 1990, S. 173 ff.) aber nur für Arbeitgeberleistungen mit Zukunftsbezug wie der betrieblichen Altersversorgung; im krassen Gegensatz zu seiner früheren vertretenen Ansicht in DB 1985, S. 2506, 2508 ff.; Schwerdtner, ZfA 1975, S. 171, 192.

¹¹⁸⁶ Schirge, DB 1991, S. 441, 442.

stimmungspflichtigen Betriebsvereinbarungen im Fall einer beabsichtigten gänzlichen Streichung der freiwilligen zusätzlichen Arbeitgeberleistungen bejaht.

(2) Nachwirkung der gesamten teilmittelbestimmten Betriebsvereinbarung

(a) Nachwirkung in Analogie zu § 4 Abs. 5 TVG

Blomeyer und *Richardi* unterscheiden streng zwischen der „Weitergeltung“ und der „Nachwirkung“ einer Betriebsvereinbarung.¹¹⁸⁷ Ihrer Ansicht nach gelte zwar eine freiwillige Betriebsvereinbarung nicht nach § 77 Abs. 6 BetrVG weiter - § 77 Abs. 6 BetrVG sei nicht anwendbar - trotzdem entfalte sie Nachwirkung analog § 4 Abs. 5 TVG.¹¹⁸⁸ Beide Autoren verstehen die Regelung des § 77 Abs. 6 BetrVG nur als eine Teillösung der Nachwirkung. Durch die Anwendung des § 4 Abs. 5 TVG werde das daneben bestehende Problem des Einflusses der Beendigung einer Kollektivvereinbarung auf das Arbeitsverhältnis geregelt. Nach Ablauf eines Tarifvertrages ordne § 4 Abs. 5 TVG dessen Nachwirkung an, um eine Inhaltsleere der einzelnen Arbeitsverhältnisse zu vermeiden.¹¹⁸⁹ Dieser Zweck müsse auch auf eine abgelaufene Betriebsvereinbarung übertragen werden, unerheblich, ob es sich um eine erzwingbare oder freiwillige Betriebsvereinbarung handele. Andernfalls würde es sich sonst auf den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses völlig unterschiedlich auswirken, ob der Arbeitgeber einerseits eine Entgeltleistung freiwillig durch Tarifvertrag mit einer Gewerkschaft, andererseits durch Betriebsvereinbarung mit einem Betriebsrat zusagt. Für unterschiedliche Rechtsfolgen nach Ablauf eines Tarifvertrages beziehungsweise einer Betriebsvereinbarung bestünden jedoch keine sachlichen Gründe.¹¹⁹⁰ Mithin bestehe für die Betriebsvereinbarung eine vom Gesetzgeber bei der Schaffung des § 77 Abs. 6 BetrVG nicht beabsichtigte Lücke, die durch eine analoge Anwendung des § 4 Abs. 5 TVG zu schließen sei. Dabei komme es für die individualrechtliche Nachwirkung nicht darauf an, ob es sich um eine erzwingbare oder freiwillige Betriebsvereinbarung handele.¹¹⁹¹ *Blomeyer* und *Richardi* sprechen demnach im Ergebnis den Normen einer abgelaufenen freiwilligen Betriebsvereinbarung eine Nachwirkung zu, wobei diese jedoch nicht für die Arbeitsverhältnisse gelte, die erst nach dem Ablauf der Betriebsvereinbarung begründet wurden.¹¹⁹²

¹¹⁸⁷ Richardi, BetrVG, § 77 Rnn. 151 ff.; Blomeyer, DB 1990, S. 173, 174 f.

¹¹⁸⁸ Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 155; Blomeyer, DB 1990, S. 173, 175.

¹¹⁸⁹ Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 152; Blomeyer, DB 1990, S. 173, 174.

¹¹⁹⁰ Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 152; ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 40 zu § 77 BetrVG 1972, Bl. 3, 5.

¹¹⁹¹ Vgl. Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 152; ders., ZfA 1992, S. 307, 327 ff.; ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 40 zu § 77 BetrVG 1972, Bl. 3, 4; Blomeyer, DB 1990, S. 173, 175.

¹¹⁹² Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 155; Blomeyer, DB 1990, S. 173, 177.

Überträgt man ihre Argumente auf eine gekündigte und damit abgelaufene teilmitbestimmungspflichtige Betriebsvereinbarung über eine freiwillige zusätzliche Arbeitgeberleistung, müßten bei konsequenter Anwendung der Leistungs- beziehungsweise der Verteilungsplan nach § 77 Abs. 6 BetrVG und der Dotierungsrahmen analog § 4 Abs. 5 TVG nachwirken.¹¹⁹³ *Blomeyer* vertritt dieses Ergebnis allerdings nur für Betriebsvereinbarungen über Arbeitgeberleistungen, die einen Zukunftsbezug aufweisen, insbesondere bei der betrieblichen Altersversorgung, da ein Ausschluß der Nachwirkung nicht mit der Dauerhaftigkeit der arbeitgeberseitigen Leistungsverpflichtung vereinbar wäre.¹¹⁹⁴ Bei übertariflichen Geldzulagen hält er dagegen aufgrund ihres Gegenwartsbezuges die Nachwirkung der gesamten betreffenden Betriebsvereinbarung konkludent für ausgeschlossen, sofern die Betriebsparteien den Ausschluß der Nachwirkung nicht bereits ausdrücklich vereinbart haben.¹¹⁹⁵ *Richardi* hält, ohne weitere Begründung, die Nachwirkung teilmitbestimmter Betriebsvereinbarungen über eine Entgeltleistung, also auch betreffend übertariflicher Geldzulagen, für ausgeschlossen, sofern der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigt, die Entgeltleistung vollständig entfallen zu lassen.¹¹⁹⁶ Er verweist insoweit auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vom 26.10.1993, welches die Rechtsfolgen vom beabsichtigten Zweck der arbeitgeberseitigen Kündigung abhängig macht.¹¹⁹⁷

¹¹⁹³ Dieser Ansicht ist auch Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 211 f.

¹¹⁹⁴ Blomeyer, DB 1990, S. 173, 176 f.

¹¹⁹⁵ Blomeyer, DB 1990, S. 173, 176 f.; er vertritt hier im Gegensatz zu seinem früheren Beitrag in DB 1985, S. 2506, 2507 f. eine völlig andere Ansicht. Damals befürwortete Blomeyer generell die Nachwirkung teilmitbestimmter Betriebsvereinbarungen über alle arbeitgeberseitigen Sozialleistungen. Er griff für seine Begründung der Nachwirkung hinsichtlich des mitbestimmungsfreien Dotierungsrahmens hierbei aber nicht, wie heute von ihm vertreten, auf eine Analogie zu § 4 Abs. 5 TVG zurück; er erstreckte vielmehr die Nachwirkung des Leistungsplanes als „wichtigsten“ Regelungsgegenstand der Betriebsvereinbarung automatisch auch auf die mitbestimmungsfreien Vorgaben des Arbeitgebers. Die gesamte teilmitbestimmte Betriebsvereinbarung wirkte seiner früheren Ansicht zufolge also gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG nach, vgl. DB 1985, S. 2506, 2508 f.

¹¹⁹⁶ Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 158.

¹¹⁹⁷ Siehe BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung.

(b) Nachwirkung in Analogie zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 112 BetrVG (Ablehnung der „Topftheorie“)

Bei einer abgelaufenen Betriebsvereinbarung über übertarifliche Geldzulagen gelangt *Schirge* hinsichtlich deren Nachwirkung zu einem anderem Ergebnis als die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Rechtslehre.¹¹⁹⁸ Sie lehnt den völligen Ausschluß der Nachwirkung ab. Vielmehr mißt sie einer solchen teilmitbestimmungspflichtigen Betriebsvereinbarung in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 112 BetrVG eine Gesamtnachwirkung bei, also auch Nachwirkung des mitbestimmungsfreien Dotierungsrahmens.¹¹⁹⁹ Das Bundesarbeitsgericht hat in der betreffenden Entscheidung die Nachwirkung eines gekündigten Sozialplanes und dessen Fortbestand als Anspruchsgrundlage für die Arbeitnehmer anerkannt.¹²⁰⁰ Dies wird damit begründet, daß beim Sozialplan, der auch hinsichtlich des Dotierungsrahmens mitbestimmungspflichtig ist, der Spruch der Einigungsstelle gemäß § 112 Abs. 4 S. 2 BetrVG die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt und das Gesetz in § 77 Abs. 6 BetrVG für diesen Fall Nachwirkung anordnet.¹²⁰¹ *Schirge* differenziert zwar bei ihrer Analogie zwischen einer teilmitbestimmungspflichtigen Betriebsvereinbarung über übertarifliche Geldzulagen und einem gesamtmithbestimmungspflichtigen Sozialplan, leitet daraus aber keine unterschiedlichen Rechtsfolgen im Hinblick auf die Nachwirkung ab. Sie bezweifelt im Fall der Kündigung einer betrieblichen Zulagenregelung, daß die Mitbestimmungsfreiheit des Dotierungsrahmens bei den übertariflichen Geldzulagen maßgebend für eine andere Rechtsfolge als die bei der Kündigung eines Sozialplanes sein soll.¹²⁰² Kündigt also der Arbeitgeber eine Betriebsvereinbarung über übertarifliche Geldzulagen, entfaltet ihrer Ansicht nach die gesamte Betriebsvereinbarung Nachwirkung. Diese Rechtsfolge versucht sie auch über die Ableitung eines erzwingbaren Mitbestimmungsrechtes beim Dotierungsrahmen der Zulagengelder aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu erreichen.¹²⁰³ Die dadurch gesamtmithbestimmungspflichtige Betriebsvereinbarung wäre dann „problemlos und sauber“ über § 77 Abs. 6 BetrVG zu lösen.¹²⁰⁴ Außerdem bestünde dann Einklang zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Sozialplanbereich.¹²⁰⁵

¹¹⁹⁸ Vgl. *Schirge*, DB 1991, S. 441, 442 f.

¹¹⁹⁹ *Schirge*, DB 1991, S. 441, 442.

¹²⁰⁰ Vgl. BAG, AP Nr. 12 zu § 112 BetrVG 1972.

¹²⁰¹ Siehe BAG, AP Nr. 12 zu § 112 BetrVG 1972 unter II. 1. der Gründe.

¹²⁰² So *Schirge*, DB 1991, S. 441, 442.

¹²⁰³ Vgl. *Schirge*, DB 1991, S. 441, 444.

¹²⁰⁴ So *Schirge*, DB 1991, S. 441, 444.

¹²⁰⁵ *Schirge*, DB 1991, S. 441, 444.

(3) Stellungnahme

Hat der Arbeitgeber die übertarifliche Geldzulagen regelnde Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 5 BetrVG gekündigt, so entfaltet sie keine Nachwirkung mehr im Sinne des § 77 Abs. 6 BetrVG. Insofern ist dem Bundesarbeitsgericht und der überwiegenden Rechtslehre zu folgen. Die Argumente, welche die Judikatur und Literatur für ihre Begründung dieser Rechtsfolge heranziehen, sind jedoch nur zum Teil zustimmungsfähig. Richtig ist, daß es nach der Kündigung durch den Arbeitgeber für ihn nichts mehr zu verteilen gibt und dementsprechend der Betriebsrat keine Möglichkeit hat, den bisherigen Leistungsplan und Verteilungsschlüssel zu erhalten oder einen neuen durch Anrufung der Einigungsstelle zu erzwingen. Das Bundesarbeitsgericht hat durch die in seinem Urteil vom 26.10.1993 getroffenen Feststellungen treffend zum Ausdruck gebracht, daß es für den Betriebsrat nach der Kündigung nichts mehr mitzubestimmen gibt, da es auch nichts mehr zu verteilen gibt.¹²⁰⁶ Ebenso ist die Ablehnung der Nachwirkung mit der sich aus der Systematik des Betriebsverfassungsgesetzes ergebenden Wertung zu begründen. Das Bundesarbeitsgericht weist zu Recht auf die Wechselwirkung der §§ 88 und 77 Abs. 5 BetrVG hin. Wie ausführlich dargelegt, kann der Arbeitgeber eine Betriebsvereinbarung über übertarifliche Geldzulagen unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist ohne gerichtlich nachprüfbare Begründung kündigen.¹²⁰⁷ Dann widerspräche es aber der Systematik des Gesetzes und der Intention des Gesetzgebers, wenn durch die Nachwirkung dieser beendigten teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung die gesetzlichen Vorgaben der §§ 88 und 77 Abs. 5 BetrVG dadurch in ihr Gegenteil verkehrt würden, daß der Arbeitgeber, zumindest bis zu einer „Neuregelung“ mit dem Betriebsrat, wie bisher die finanziellen Belastungen tragen müßte. Nur der Ausschluß der Nachwirkung kann in diesem Fall sicherstellen, daß der Arbeitgeber nicht mit Mitteln des Betriebsverfassungsrechts gezwungen werden kann, gegen seinen Willen eine freiwillige Geldleistung länger zu erbringen, als er aufgrund der in der Betriebsvereinbarung eingegangenen Bindung verpflichtet ist.

Abzulehnen ist jedoch die vom Bundesarbeitsgericht und der herrschenden Rechtslehre vertretene Ansicht, die Nachwirkung der arbeitgeberseitigen, nach § 77 Abs. 5 BetrVG gekündigten übertariflichen Geldzulagen regelnden Betriebsvereinbarung in Abhängigkeit von dem Zweck, den der Arbeitgeber mit der Kündigung verfolgt, zu beurteilen.¹²⁰⁸ Die Rechtsfolgen einer solchen arbeitgeberseitigen Kündigung treten nämlich unabhängig von diesem Zweck ein.¹²⁰⁹ Es kommt für den Eintritt der Nachwirkung nicht darauf an, ob der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigt, das übertarifliche Geldzulagenvolumen gänzlich oder nur, wie noch später eingehend behandelt wird,

¹²⁰⁶ Vgl. BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter 2. a) der Gründe.

¹²⁰⁷ Siehe Teil 3: C. IV. 1. c).

¹²⁰⁸ Anders nur Leinemann, BB 1989, S. 1905, 1908.

¹²⁰⁹ Sinngem. Leinemann, BB 1989, S. 1905, 1908.

teilweise streichen will.¹²¹⁰ Hat er die in eine Betriebsvereinbarung gefaßte betriebliche Geldzulagenregelung gekündigt,¹²¹¹ so ist sie nach Ablauf der dreimonatigen Kündigungsfrist beendet. Demzufolge fällt sie als Anspruchsgrundlage für die übertariflichen Zulagengelder weg. Das ursprüngliche Geldzulagenvolumen wird durch die Kündigung automatisch auf Null reduziert. Da es mitbestimmungsfrei ist, kann es auch nicht mehr nachwirken. Für einen mit den Zulagengeldern zusammenhängenden Leistungs- und Verteilungsplan ist dementsprechend kein Raum mehr. Der Betriebsrat kann auch nicht durch einen Spruch der Einigungsstelle im Sinne des § 77 Abs. 6 BetrVG, der nunmehr noch die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzen könnte, die nähere Ausgestaltung und Verteilung der übertariflichen Geldzulagen erzwingen, weil diese durch die Kündigung nicht mehr existent sind. Da die Geldzulagengewährung für die Zukunft beendet ist, wäre ein Leistungs- und Verteilungsplan gegenstandslos. Orientiert man sich streng am Gesetz (§ 77 Abs. 5 und 6 BetrVG) gelangt man zumindest bei der vom Arbeitgeber beabsichtigten gänzlichen Zulagenstreichung zu dem gleichen rechtlichen Ergebnis wie das Bundesarbeitsgericht und der überwiegende Teil der Rechtslehre, welche die Frage der Nachwirkung teilmitbestimmter Betriebsvereinbarungen anhand der Kündigungsabsichten des Arbeitgebers beantworten. Wie sich noch zeigen wird, führt die Berücksichtigung der arbeitgeberseitigen Kündigungsabsichten jedoch zu divergierenden Ergebnissen, wenn der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigt, das Geldzulagenvolumen nur teilweise zu streichen und/oder den Leistungs- und Verteilungsplan zu verändern.¹²¹²

Die Ansicht von *Schirge*, die in analoger Anwendung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 112 BetrVG und mit der Annahme der Mitbestimmungspflichtigkeit des Dotierungsrahmens übertariflicher Geldzulagen eine Nachwirkung der gesamten eine solche Materie regelnden Betriebsvereinbarung befürwortet, ist aus mehreren Gründen abzulehnen. Zunächst fehlt es für eine solche analoge Anwendung an einer gesetzlichen Regelungslücke im Betriebsverfassungsrecht. Anders als bei einer betrieblichen Geldzulagenregelung in Form einer Betriebsvereinbarung unterliegt der Sozialplan im Rahmen von § 112 BetrVG einem erzwingbaren Gesamtmitbestimmungsrecht des Betriebsrates (§ 112 Abs. 4 BetrVG). Gegenstand des Mitbestimmungsrechtes ist gemäß § 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG der Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die für die Arbeitnehmer als Folge einer wirtschaftlichen Unternehmensentscheidung entstehen können. Dementsprechend unterliegen beim Sozialplan der Gesamtabschluß und die Höhe der Einzelabfindungen sowie andere Leistungen der Mitbestimmung des Betriebsrates und mithin auch der Entscheidung der Einigungsstelle (§ 112 Abs. 4 BetrVG). Dadurch erfüllt der Sozialplan die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 77 Abs. 6 BetrVG. Zwar wird auch er durch die Kündigung zunächst beseitigt, wirkt aber

¹²¹⁰ Siehe dazu Teil 3: C. IV. 2. b) bb).

¹²¹¹ Wenn im folgenden von einer betrieblichen Geldzulagenregelung die Rede ist, ist damit eine solche in Form einer Betriebsvereinbarung gemeint.

¹²¹² Siehe hierzu Teil 3: C. IV. 2. b) bb).

aufgrund seiner Gesamtmitbestimmungspflichtigkeit insgesamt nach.¹²¹³ Dieser gravierende Unterschied zur betrieblichen Geldzulagenregelung, die nur teilmitbestimmungspflichtig ist, verbietet eine Analogie zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Sozialplanbereich. Die hiervon abweichende, oben erläuterte Rechtsprechung im Bereich von Betriebsvereinbarungen über übertarifliche Geldzulagen ist jedoch keine, wie von *Schirge* bezeichnete, „juristische Ungereimtheit“, sondern Ausfluß der maßgeblichen betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften.

Ebenso wie die Rechtsprechungsanalogie im Sozialplanbereich, ist auch die von *Schirge* geforderte Mitbestimmungspflicht beim Dotierungsrahmen übertariflicher Geldzulagen für die Begründung der gesamten Nachwirkung einer diesbezüglich regelnden Betriebsvereinbarung abzulehnen. Wie bereits ausführlich begründet wurde, unterliegt die Bestimmung des Umfanges der finanziellen Mittel, die der Arbeitgeber für die Vergabe der übertariflichen Geldzulagen zur Verfügung stellt, allein seiner Entscheidungskompetenz.¹²¹⁴ Die diesen Umstand ausdrückende, überwiegend anerkannte sogenannte „Topftheorie“, welche von *Schirge* stark kritisiert und abgelehnt wird,¹²¹⁵ verbietet ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates beim Dotierungsrahmen übertariflicher Zulagen.¹²¹⁶

Die Ansicht von *Blomeyer* und *Richardi*, die einer vom Arbeitgeber nach § 77 Abs. 5 BetrVG gekündigten mitbestimmungsfreien Betriebsvereinbarung eine Nachwirkung analog § 4 Abs. 5 TVG zusprechen und aufgrund dessen eigentlich eine Gesamtnachwirkung der gekündigten teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung über übertarifliche Geldzulagen bejahen müßten, braucht an dieser Stelle nicht näher beleuchtet zu werden.¹²¹⁷ Beide Autoren lehnen nämlich die

¹²¹³ So BAG, AP Nr. 12 zu § 112 BetrVG 1972 unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 LS 4 und unter B. II. 3. b) bb) der Gründe; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 112 Rn. 157; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 52.

¹²¹⁴ Siehe hierzu Teil 2: D. IV. 1.

¹²¹⁵ Vgl. dazu Teil 2: D. IV. 1. b).

¹²¹⁶ BAG, vgl. z.B. AP Nrn. 2, 3, 4, 5, 7, 10, 24, 26, 31, 33, 51, 53 und 54 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; AP Nrn. 1 und 3 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie; AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Tarifvorrang; AP Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung; AP Nr. 58 zu § 1 Tarifverträge: Metallindustrie; AP Nr. 31 zu § 80 BetrVG 1972; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 87 Rnn. 307 ff. mit Unterschieden hinsichtlich der Bestimmung des Dotierungsrahmens; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 87 Rn. 226 a) und d); GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 833 ff.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 87 Rn. 474; Richardi, BetrVG, § 87 Rnn. 45 ff.; ders., ZfA 1976, S. 1, 18; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 333 Rn. 26; Söllner, ArbR, S. 188; Bommermann, DB 1991, S. 2185, 2188 f.; Eich, DB 1980, S. 1340, 1344; Goos, NZA 1986, S. 701, 705; Herbst, DB 1987, S. 738, 741; Hönsch, BB 1988, S. 2312, 2313; Kappes, DB 1986, S. 1520 ff.; Lieb, ZfA 1988, S. 413, 437 f.; Matthes, NZA 1987, S. 289 ff.; Meisel, BB 1991, S. 406, 411; Misera, gemeins. Anm. zu BAG, AP Nrn. 4 und 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Bl. 4, 6; Molkenbur/Roßmanith, ArbuR 1990, S. 333, 334.

¹²¹⁷ Ausführlich hierzu Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 185 ff.

Nachwirkung einer solchen Betriebsvereinbarung inkonsequenterweise ab, wobei sich *Richardi* insoweit nur auf die Begründung des Bundesarbeitsgerichts stützt.¹²¹⁸

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß eine vom Arbeitgeber nach § 77 Abs. 5 BetrVG gekündigte teilmitbestimmte Betriebsvereinbarung über übertarifliche Geldzulagen keine Nachwirkung im Sinne des § 77 Abs. 6 BetrVG entfaltet, unabhängig davon, welche Absichten und Zwecke der Arbeitgeber mit der Kündigung verfolgt. Die herrschende Ansicht in Rechtsprechung und Rechtslehre gelangt zu derselben Rechtsfolge, sofern der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigt, das von ihm zur Verfügung gestellte Zulagenvolumen gänzlich zu streichen. Der Arbeitgeber kann in einem solchen Fall nach Ablauf der dreimonatigen Kündigungsfrist (sofern keine andere Frist vereinbart wurde) die Zahlung übertariflicher Geldzulagen an die Belegschaft einstellen.

bb) Nachwirkung bei beabsichtigter teilweiser Streichung der übertariflichen Geldzulagen und/oder beabsichtigter Änderung des Leistungsplanes

Differenzierter und weitaus komplizierter erscheint die Sachlage, wenn der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigt, seine durch Betriebsvereinbarung zugesagten freiwilligen Leistungen nur teilweise zu kürzen und/oder den Leistungsplan zu verändern. Hinsichtlich der Nachwirkung einer mit diese(n)r Absicht(en) gekündigten Betriebsvereinbarung bestehen zwischen der Rechtsprechung und der Rechtslehre sowie innerhalb letzterer zahlreiche kontroverse Ansichten.

¹²¹⁸ Klein (Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 211 f.) zieht aus den Argumenten von Blomeyer und Richardi zur Nachwirkung einer mitbestimmungsfreien Betriebsvereinbarung analog § 4 Abs. 5 TVG im Hinblick auf eine teilmitbestimmte Betriebsvereinbarung über freiwillige zusätzliche Arbeitgeberleistungen eine falsche Schlußfolgerung. Er glaubt, daß diese Autoren einer Gesamtnachwirkung beipflichten würden, obwohl dies nachweislich nicht der Fall ist.

(1) Auffassung der Rechtsprechung

Das Bundesarbeitsgericht hatte sich in seinen bisherigen Entscheidungen bis zum Jahre 1993 ausschließlich mit Kündigungen nach § 77 Abs. 5 BetrVG zu befassen, durch die der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern freiwillige übertarifliche Leistungen gänzlich und ersatzlos streichen wollte. Wie zu entscheiden wäre, wenn der Arbeitgeber die teilmitbestimmungspflichtige Betriebsvereinbarung in der Absicht kündigen will, das übertarifliche Geldzulagenvolumen nicht gänzlich, sondern nur teilweise zu reduzieren und eine Änderung des Verteilungsplanes herbeizuführen, ließ das Bundesarbeitsgericht in den gesamten Entscheidungen wegen fehlendem Entscheidungsbedarfes früher ausdrücklich offen. Das Bundesarbeitsgericht mußte sich mit dieser Konstellation erstmalig in einem Fall befassen, in dem ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern eine wiederkehrende Weihnachtsgratifikation in einer Betriebsvereinbarung zugesagt hatte, durch die Kündigung dieser Betriebsvereinbarung das Volumen des Weihnachtsgeldes für die Zukunft jedoch reduzieren und dessen Verteilungsschlüssel ändern wollte.¹²¹⁹ Wegen der Mitbestimmungspflichtigkeit bei der Neuverteilung des gekürzten Weihnachtsgeldes bejahte das Bundesarbeitsgericht in dem daraufhin ergangenen grundlegenden Urteil vom 26.10.1993 eine Nachwirkung der gesamten Betriebsvereinbarung, also auch eine Nachwirkung und Aufrechterhaltung des alten ungekürzten Geldvolumens der Weihnachtsgratifikation. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts könne nur die gesamte Betriebsvereinbarung nachwirken. Deshalb führe die Anwendung des § 77 Abs. 6 BetrVG durch die Mitbestimmungspflichtigkeit des Verteilungsplanes zur Nachwirkung auch des an sich mitbestimmungsfreien Dotierungsrahmens.¹²²⁰ Das Bundesarbeitsgericht berief sich insoweit auf *Hanau*, der diese sogenannte „überschießende Wirkung“ frühzeitig formuliert hatte.¹²²¹ Gleichfalls hat es die Urteilsbegründungen zu vergleichbaren Problematiken der Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf eine freiwillige Leistung beziehungsweise des Widerrufs einer freiwilligen Zulage zu dem Zweck, das Zulagenvolumen zu kürzen und nach anderen Grundsätzen zu verteilen, für seine Argumentation herangezogen.¹²²² Danach besteht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bezüglich der Neuverteilung des gekürzten Zulagenvolumens, bei dessen Nichtbeachtung der einzelne Arbeitnehmer einen Anspruch auf Weiterzahlung der Leistung in bisheriger Höhe hat.¹²²³ Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 26.10.1993 wurde durch ei-

¹²¹⁹ Siehe BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung.

¹²²⁰ So BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter 2. b) der Gründe.

¹²²¹ Siehe Hanau, NZA 1985, Beil. Nr. 2, S. 3, 10; ders., RdA 1989, S. 207, 210.

¹²²² Vgl. hierzu BAG, AP Nrn. 12 und 53 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

¹²²³ Sinngem. BAG, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung LS 2 und unter 4. der Gründe; AP Nr. 53 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung LS und unter II. 3. der Gründe.

nen Beschluß vom 17.1.1995, in dem es um die Kürzung und Neuverteilung einer einmaligen Weihnachtsgratifikation ging, bestätigt.¹²²⁴ In beiden Entscheidungen hat das Bundesarbeitsgericht dagegen offengelassen, wie zu entscheiden wäre, wenn der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigt, das Zulagenvolumen nur teilweise zu reduzieren, der Verteilungsschlüssel der zusätzlichen Gelder sich dabei aber nicht verändert und weiterhin auf den noch verbliebenen Dotierungsrahmen anwendbar bliebe. Konsequenterweise müßte das Bundesarbeitsgericht in einem solchen Fall die Gesamtnachwirkung der betreffenden Betriebsvereinbarung ablehnen, da der mitbestimmungspflichtige Verteilungsschlüssel durch die Kündigung nicht tangiert würde.

Aus der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vom 26.10.1993 (bestätigt durch den Beschluß vom 17.1.1995¹²²⁵) resultiert die Rechtsfolge, daß der Arbeitgeber trotz der Kündigung und des Ablaufs der Kündigungsfrist wegen der Nachwirkung der gesamten Betriebsvereinbarung nicht in der Lage ist, seine Leistung insgesamt auf den Umfang des neuen Dotierungsrahmens zu kürzen, vorausgesetzt, daß eine Einigung mit dem Betriebsrat hinsichtlich eines neuen Verteilungsplanes nicht zustande kommt. Einigen sich die Betriebspartner nicht schnellstens über die Verteilung der reduzierten Dotierungsmasse, hat dies zur Konsequenz, daß die „überschießende Wirkung“ auf Seiten des Arbeitgebers zu erheblichen finanziellen Einbußen führt. Die „überschießende Wirkung“ kann für den Arbeitgeber sogar eine existenzbedrohende Situation in dem Fall heraufbeschwören, in dem ein taktisch geschickter Betriebsrat, der die Belegschaft über einen möglichst langen Zeitraum im Genuß des bisherigen Leistungsumfanges belassen will, eine Einigung mit ihm über einen neuen Verteilungsplan der übertariflichen Gelder absichtlich hinauszögert oder sogar ganz verweigert.¹²²⁶ Die durch diese Umstände bedingte langfristige arbeitgeberseitige Weitergewährungspflicht der alten Dotierungsmasse, kann gerade bei Unternehmen, bei denen übertarifliche Geldzulagen einen prozentual hohen Anteil an den Effektivlöhnen ausmachen (oftmals bis zu 50 %) und/oder bei akuten finanziellen Schwierigkeiten des Arbeitgebers zu einer Existenzbedrohung führen. Nicht anders stellt sich die wirtschaftliche Situation dar, wenn der Arbeitgeber mangels Einigung mit dem Betriebsrat ein Einigungsstellenverfahren über die Neuverteilung der Geldzulagen in Gang setzt. Obwohl die Einigungsstelle bei ihrer Verteilungsentscheidung an das vom Arbeitgeber gekürzte, noch zur Verfügung gestellte Zulagenvolumen gebunden ist, kann der Betriebsrat dieses Einigungsstellenverfahren durch gerichtliche Anträge im Laufe des

Beset-

¹²²⁴ Vgl. dazu BAG, AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung.

¹²²⁵ BAG, AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung.

¹²²⁶ Vgl. hierzu Teil 1; siehe auch Loritz, RdA 1991, S. 65, 77.

zungsverfahrens lange hinauszögern,¹²²⁷ um so den Arbeitgeber für einen nicht unbeträchtlichen Zeitraum bis zur Verteilungsentscheidung zu zwingen, den Umfang des bisherigen Geldzulagenvolumens aufrechtzuerhalten.

Aus den Entscheidungsgründen des Bundesarbeitsgerichts läßt sich folgern, daß dieses in seinem Urteil vom 26.10.1993 (bestätigt durch den Beschluß vom 17.1.1995) von der von ihm langjährig vertretenen „Topftheorie“ im Ergebnis Abstand genommen hat, weil im Falle der Kündigung zwecks der teilweisen Kürzung des übertariflichen Geldzulagenvolumens und der Veränderung dessen Verteilungsplanes aufgrund der Mitbestimmungspflichtigkeit der gesamten Betriebsvereinbarung der Umfang dieses Volumens letztendlich als doch mitbestimmungspflichtig behandelt wird.

(2) Auffassung der Rechtslehre

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vom 26.10.1993 zur Nachwirkung einer betrieblichen Geldzulagenregelung, die vom Arbeitgeber in der Absicht gekündigt wurde, das Zulagenvolumen teilweise zu streichen und den dazugehörigen Leistungsplan zu verändern, ist innerhalb der Rechtslehre teils auf Zustimmung, teils auf harsche Kritik gestoßen. Das Meinungsspektrum im Schrifttum reicht von der vorbehaltlosen Anerkennung bis hin zur bedingungslosen Ablehnung der Urteilsbegründung.¹²²⁸ Im Gegensatz zum Bundesarbeitsgericht, das sich in seiner Entscheidung hinsichtlich der Nachwirkungsfrage nur mit der Konstellation der arbeitgeberseitigen teilweisen Streichung, gekoppelt mit der Veränderung des Leistungsplanes auseinanderzusetzen hatte, zeigt die Rechtslehre auch Lösungswege auf, wie zu entscheiden wäre, wenn der Arbeitgeber beabsichtigt, die Zulagengelder ohne Veränderung des Verteilungsplanes zu streichen oder wenn er in Erwägung zieht, nur den Verteilungsplan zu ändern.

Schon vor dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 26.10.1993 haben sich einige Autoren im Schrifttum umfassend mit der Nachwirkungsproblematik einer nach § 77 Abs. 5 BetrVG gekündigten teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung über freiwillige zusätzliche Arbeitgeberleistungen beschäftigt.¹²²⁹

(a) Die Ansicht von *Loritz*

In seiner diesbezüglichen Untersuchung unterscheidet *Loritz* bei einer vom Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigten Reduzierung des Leistungsvolumens im Hinblick auf die Nachwirkung einer solchen Betriebsvereinba-

¹²²⁷ Dazu G. Federlin, ZfA 1988, S. 99 ff.

¹²²⁸ Vgl. dazu die im folgenden dargestellten Ansichten.

¹²²⁹ Hanau, NZA 1985, Beil. Nr. 2, S. 3 ff.; ders., RdA 1989, S. 207 ff.; Hanau/Preis, NZA 1991, S. 81 ff.; Loritz, RdA 1991, S. 65 ff.

rung zwei Fallvarianten, nämlich, daß auf den verbleibenden „neuen“ Dotierungsrahmen der Leistungen der bisherige „alte“ Verteilungsplan weiterhin anwendbar beziehungsweise nicht mehr anwendbar ist. In beiden Fällen lehnt er die Nachwirkung der teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung gänzlich ab.¹²³⁰ Er stellt für seine Begründung des Nachwirkungsausschlusses bei der vom Arbeitgeber beabsichtigten Verringerung des Dotierungsrahmens maßgeblich auf dessen Mitbestimmungsfreiheit ab, beruft sich insoweit also auf die „Topftheorie“. Bleibe der bisherige Verteilungsplan weiterhin auf den verringerten Dotierungsrahmen anwendbar, so würde das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nicht berührt; eine Nachwirkung der gekündigten Betriebsvereinbarung scheide deswegen aus.¹²³¹ Sofern der bisherige Verteilungsplan bei der Neuverteilung der Leistungen dagegen nicht mehr auf den verringerten Dotierungsrahmen anwendbar ist, hält es *Loritz* für widersprüchlich, daß der Arbeitgeber zwar einerseits über die Höhe des von ihm zu Verfügung gestellten Leistungsvolumens frei bestimmen kann, andererseits aber wegen der mitbestimmungspflichtigen Veränderung der Verteilungsgrundsätze durch die Nachwirkung der gesamten Betriebsvereinbarung gegen seinen Willen zur Aufrechterhaltung der vollen Dotierungsmasse gezwungen wird.¹²³² Die Annahme einer Nachwirkung in diesem Fall sei ein „juristischer Kunstgriff“, aufgrund dessen der Arbeitgeber nicht mehr ohne die Einwilligung des Betriebsrates hinsichtlich der Verteilungsgrundsätze von der ursprünglich gewährten Dotierungsmasse „herunterkommen“ würde.¹²³³ *Loritz* sieht ebenfalls das hier bereits angesprochene Problem, daß ein taktisch geschickter Betriebsrat eine Einigung über neue Verteilungsgrundsätze hinauszögern könnte, um den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern möglichst lange den Genuß der bisherigen freiwilligen zusätzlichen Arbeitgeberleistungen zu erhalten. Gleichfalls weist er im Fall der Nichteinigung der Betriebspartner auf ein sich möglicherweise in die Länge ziehendes Einigungsstellenverfahren hin, bis zu dessen Ausgang der Arbeitgeber zur Weitergewährung dieser Leistungen in unverändertem Umfang verpflichtet wäre.¹²³⁴ *Loritz* macht deutlich, daß es nicht Sinn und Zweck der Nachwirkung sein kann, den Arbeitgeber über die Kündigungsfrist hinaus gegen seinen Willen zur Aufrechterhaltung der Entgeltleistungen im bisherigen Umfang zu zwingen, nur damit die bisherigen Verteilungsgrundsätze eingehalten würden.¹²³⁵ Vielmehr müßten sich die Verteilungsgrundsätze als Folge der Festlegung des Dotierungs-

¹²³⁰ Siehe *Loritz*, RdA 1991, S. 65, 76 f.

¹²³¹ Sinngem. *Loritz*, RdA 1991, S. 65, 76.

¹²³² *Loritz*, RdA 1991, S. 65, 76.

¹²³³ So *Loritz*, RdA 1991, S. 65, 76.

¹²³⁴ *Loritz*, RdA 1991, S. 65, 77.

¹²³⁵ Siehe *Loritz*, RdA 1991, S. 65, 77.

rahmens an diesem ausrichten, nicht umgekehrt. „Das Prinzip der Freiwilligkeit muß deshalb Vorrang haben“.¹²³⁶

Loritz geht in seiner Untersuchung nicht ausdrücklich auf die vom Bundesarbeitsgericht in jüngerer Zeit entschiedene Fallvariante ein, in welcher der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigt, das Leistungsvolumen teilweise zu reduzieren und nach eigenhändig aufgestellten Grundsätzen eine Neuverteilung vorzunehmen.¹²³⁷ Da er seinen Ausführungen zufolge jedoch die Nachwirkung teilmittelbestimmter Betriebsvereinbarungen über freiwillige zusätzliche Arbeitgeberleistungen prinzipiell ablehnt, ist davon auszugehen, daß er auch in dieser Fallvariante einer Nachwirkung skeptisch gegenüber stehen würde.

(b) Die Ansicht von *Hanau*

Hanau, der sich ebenfalls schon vor dem oben benannten Urteilsspruch des Bundesarbeitsgerichts in mehreren wissenschaftlichen Abhandlungen mit der hier untersuchten Nachwirkungsproblematik auseinandergesetzt hat,¹²³⁸ will den Umfang der Nachwirkung möglichst eng den sie begründenden Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates anpassen.¹²³⁹ Falls der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigt, das Leistungsvolumen nur zu vermindern, lehnt er die Nachwirkung grundsätzlich ab, da sie den Arbeitgeber weit über den Umfang der Mitbestimmung des Betriebsrates gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hinaus (mitbestimmungspflichtig ist nur der Verteilungsplan) an die freiwillige Leistung binden würde.¹²⁴⁰ Zielt die Kündigung des Arbeitgebers dagegen auf eine Änderung des Verteilungsschlüssels, so müsse sie insoweit gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG Nachwirkung entfalten.¹²⁴¹ Damit wäre aber seiner Ansicht nach der Arbeitgeber - obwohl sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nur auf den Verteilungsschlüssel der Leistungen bezieht - zur Weitergewährung der bisherigen Leistung gezwungen, bis er eine Einigung mit dem Betriebsrat erzielt habe oder eine Entscheidung der Einigungsstelle vorliege.¹²⁴² Diese bis zu diesem Zeitpunkt „überschießende Wirkung“ der nachwirkenden Betriebsvereinbarung - das Bundesarbeitsgericht berief sich später in seinem wegweisenden Urteil zur Nachwirkung teilmittelbestimmter Betriebsvereinbarungen auf diesen Begriff - will *Hanau* durch eine Rückwir-

¹²³⁶ Vgl. *Loritz*, RdA 1991, S. 65, 77.

¹²³⁷ Vgl. BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung.

¹²³⁸ Siehe *Hanau*, NZA 1985, Beil. Nr. 2, S. 3 ff.; ders., RdA 1989, S. 207 ff.; *Hanau/Preis*, NZA 1991, S. 81 ff.

¹²³⁹ Vgl. *Hanau*, RdA 1989, S. 207, 210.

¹²⁴⁰ Siehe *Hanau*, NZA 1985, Beil. Nr. 2, S. 3, 10; ders., RdA 1989, S. 207, 210.

¹²⁴¹ *Hanau*, NZA 1985, Beil. Nr. 2, S. 3, 10; ders., RdA 1989, S. 207, 210.

¹²⁴² Vgl. *Hanau*, RdA 1989, S. 207, 209.

kung der Neuregelung über den Verteilungsschlüssel auf den Beendigungszeitpunkt der Betriebsvereinbarung weitgehend vermeiden.¹²⁴³ Voraussetzung für die Rückwirkung sei aber, daß die Arbeitnehmer über die Veränderung des Verteilungsschlüssels rechtzeitig informiert würden.¹²⁴⁴ Falls eine Entscheidung der Einigungsstelle über den Verteilungsschlüssel vorliege, müsse sie immer rückwirkend gelten, da die Einigungsstelle sonst den Umfang des Mitbestimmungsrechtes überschreite und für eine bestimmte Zeit an der Gesamtleistung des Arbeitgebers festhalte.¹²⁴⁵

Hinsichtlich der vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fallvariante, in welcher der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigte, nicht nur die Verteilungsgrundsätze, sondern gleichzeitig auch das Leistungsvolumen zu ändern, äußert sich *Hanau* zwar nicht ausdrücklich, seinen Ausführungen zufolge ist aber davon auszugehen, daß er auch bei dieser Konstellation die Rückwirkung des neuen Verteilungsschlüssels auf die verminderte Dotierungsmasse befürworten würde.

(c) Die Ansicht von *Leinemann*

Leinemann lehnt die Nachwirkung von erzwingbaren, von freiwilligen und auch von teilweise mitbestimmten Betriebsvereinbarungen in aller Deutlichkeit ab.¹²⁴⁶ Kündige der Arbeitgeber eine teilmitbestimmte Betriebsvereinbarung über freiwillige Leistungen, so sei unabhängig von deren verfolgtem Zweck die Betriebsvereinbarung nachwirkungsfrei beendet. Es bliebe nach Ablauf der Kündigungsfrist kein Raum mehr für einen mitbestimmungspflichtigen Leistungsplan oder einen Verteilungsschlüssel.¹²⁴⁷ *Leinemann* kritisiert die Ansicht *Hanaus*, weil dieser nicht genügend zwischen der Gestaltungswirkung der Kündigung und der Ablösungsproblematik trenne.¹²⁴⁸

(d) Die Ansichten von *Hess/Schlochauer/Glaubitz, Richardi und Berg*

Für den Fall, daß der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigt, das Leistungsvolumen zu reduzieren und den Verteilungsschlüssel zu ändern, stimmen *Hess/Schlochauer/Glaubitz* und *Richardi* ohne nähere Begründung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vom 26.10.1993 zu. Ebenso wie das Bundesarbeitsgericht befürworten sie bei einer mit diesen Absichten vom

¹²⁴³ Hanau, RdA 1989, S. 207, 210.

¹²⁴⁴ So Hanau, RdA 1989, S. 207, 210.

¹²⁴⁵ Siehe Hanau, RdA 1989, S. 207, 210.

¹²⁴⁶ Vgl. Leinemann, in: Hromadka, Änderung, S. 145, 154 f.; ders., BB 1990, S. 1905, 1907 f.

¹²⁴⁷ So Leinemann, in: Hromadka, Änderung, S. 145, 156; ders., BB 1990, S. 1905, 1908.

¹²⁴⁸ Leinemann, in: Hromadka, Änderung, S. 145, 156; ders., BB 1990, S. 1905, 1908.

Arbeitgeber nach § 77 Abs. 5 BetrVG gekündigten Betriebsvereinbarung über freiwillige zusätzliche Arbeitgeberleistungen (somit auch übertariflicher Geldzulagen) die Nachwirkung der gesamten Betriebsvereinbarung, also auch Nachwirkung des ursprünglichen Dotierungsrahmens.¹²⁴⁹

Berg, der sich ebenfalls dieser Rechtsprechung anschließt, begründet seine Auffassung damit, daß bei einer teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung über freiwillige Leistungen des Arbeitgebers, die erzwingbaren und freiwilligen Elemente der Betriebsvereinbarung untrennbar miteinander verknüpft seien und die betriebliche Vereinbarung daher insgesamt nachwirke.¹²⁵⁰

(e) Die Ansicht von Koenig

Koenig vertritt den Standpunkt, daß die „überschießende Wirkung“ die Mitbestimmungsfreiheit der Dotierung nicht in ihr Gegenteil verkehren dürfe. Der Arbeitgeber dürfe nach der Kündigung der Betriebsvereinbarung gemäß § 77 Abs. 5 BetrVG nicht über deren Gesamtnachwirkung zur Weitergewährung seiner freiwilligen Leistungen in voller Höhe gezwungen werden, wobei es gleichgültig sei, ob er seine freiwilligen Leistungen nur kürzen und/oder die dazugehörigen Verteilungsregeln ändern wolle.¹²⁵¹ Andernfalls würde sonst der an sich mitbestimmungsfreie Dotierungsrahmen aufgrund der mitbestimmungspflichtigen Verteilungsregeln letztendlich doch mitbestimmungspflichtig.¹²⁵² *Koenig* lehnt deshalb auch die Rechtsfolgen, die das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 26.10.1993 als Ergebnis der unbeschränkt „überschießenden Wirkung“ nach sich zieht, vorbehaltlos ab. Er kritisiert an dieser Rechtsprechung, daß sie die mitbestimmungsfreien Regelungselemente der Betriebsvereinbarung bei der Nachwirkungsfrage nicht hinreichend berücksichtige. Darüber hinaus könne das Bundesarbeitsgericht die unbeschränkt „überschießende Wirkung“ nicht hinreichend begründen, sie werde vielmehr lediglich „postuliert“.¹²⁵³ *Koenig* weist zudem auf die auch von anderen Autoren erkannte „merkwürdige“ Rechtsfolge aus dem Urteilsspruch hin, daß bei einer mit der Kündigung beabsichtigten teilweisen Streichung des Leistungsvolumens mit gleichzeitig beabsichtigter Veränderung des Leistungsplanes, Nachwirkung der gesamten Betriebsvereinbarung eintritt, während bei einer mit der Kündigung beabsichtigten gänzlichen Streichung eine Nachwirkung komplett entfällt.¹²⁵⁴

¹²⁴⁹ Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 235 b); Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 158.

¹²⁵⁰ Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 59.

¹²⁵¹ Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 92 f.

¹²⁵² So Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 93.

¹²⁵³ Vgl. Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 89.

¹²⁵⁴ Siehe Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 90.

Koenig unterscheidet bei der Nachwirkungslage einer nach § 77 Abs. 5 BetrVG gekündigten teilmittelbestimmten Betriebsvereinbarung über freiwillige zusätzliche Arbeitgeberleistungen zwischen drei tatbestandlichen Varianten:

1. Wolle der Arbeitgeber unter Aufrechterhaltung des bestehenden Leistungsvolumens nur die Verteilungsgrundsätze ändern, würde der mitbestimmungspflichtige Regelungsstatbestand der Betriebsvereinbarung betroffen, so daß die betriebliche Vereinbarung unzweifelhaft im Gesamten nachwirke.¹²⁵⁵

2. Beabsichtige der Arbeitgeber mit seiner Kündigung das Leistungsvolumen proportional zur Verteilung zu kürzen, liege kein mitbestimmungspflichtiger Vorgang vor, der eine Nachwirkung des „alten“ Dotierungsrahmens auslösen könnte; nur die „alten“ Verteilungsregeln würden weitergelten.¹²⁵⁶ *Koenig* hält es jedoch eher für unwahrscheinlich, daß die „alten“ Verteilungsregeln immer sinnvoll auf den vorgesehenen „neuen“ Dotierungsrahmen passen würden. Eine proportionale und einheitliche Lösung hält er allenfalls für Jahresleistungen, Weihnachtsgratifikationen und ähnlichen freiwilligen Arbeitgeberleistungen für praktikabel. Bei übertariflichen Geldzulagen sei dagegen die beabsichtigte Kürzung in der Regel auch mit einer Änderung der Verteilungsgrundsätze verbunden.¹²⁵⁷ Dies läge an der Leistungsdifferenzierung bei der Gewährung dieser Gelder. *Koenig* nennt dafür Beurteilungsstufen, Erfahrungszeiten der Arbeitnehmer im Betrieb oder die Betriebszugehörigkeit der Arbeitnehmer zur jeweiligen Tarifgruppe als mögliche Verteilungskriterien. Aufgrund dieser unterschiedlichen Kriterien wäre eine gleichmäßige prozentuale Kürzung aller Zulagen, beispielsweise um die Hälfte, in einem Fall mit einer Kürzung, in einem anderen Fall mit keiner Kürzung verbunden.¹²⁵⁸

3. Beabsichtige der Arbeitgeber mit seiner Kündigung die Zulagen in einem prozentualen Verhältnis zueinander zu kürzen, um das bestehende Zulagengefüge zu erhalten, so trete wegen der damit verbundenen mitbestimmungspflichtigen Veränderung der Verteilungsgrundsätze bis zur Einigung mit dem Betriebsrat über eine neue Verteilung Nachwirkung ein, die hinsichtlich des „alten“ Zulagenvolumens nur in restriktivem Sinne gelte. Eine Nachwirkung in einem restriktiven Sinne sei auch anzunehmen, wenn der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtige, sowohl das Zulagenvolumen zu kürzen als auch die Verteilungsgrundsätze zu ändern, weil er generell veränderte Verteilungsvorstellungen habe.¹²⁵⁹

¹²⁵⁵ *Koenig*, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 99.

¹²⁵⁶ Siehe *Koenig*, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 97.

¹²⁵⁷ Vgl. *Koenig*, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 98.

¹²⁵⁸ Vgl. *Koenig*, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 98.

¹²⁵⁹ Siehe *Koenig*, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 99.

In der betrieblichen Praxis will *Koenig* diese restriktive Nachwirkung, bezogen auf übertarifliche Geldzulagen, in folgender Weise umsetzen:

Grundsätzlich kann seiner Ansicht nach, wie oben aufgezeigt, der Arbeitgeber im Bereich der übertariflichen Geldzulagen eine von ihm beabsichtigte Kürzung des Geldvolumens nicht vornehmen, ohne daß dabei zwangsläufig auch die Verteilungsgrundsätze verändert und damit eine Nachwirkung der gesamten Betriebsvereinbarung ausgelöst würde. Um die damit verbundene faktische Mitbestimmungspflichtigkeit beim Dotierungsrahmen zu vermeiden, schlägt *Koenig* vor, daß der Arbeitgeber zwar seine Leistungen in unveränderter Höhe zunächst weiter gewähren muß, jedoch unter dem Vorbehalt der Rückforderung nach einer Einigung mit dem Betriebsrat über die neuen Verteilungsgrundsätze hinsichtlich des gekürzten Dotierungsrahmens. Einen solchen Vorbehalt sieht *Koenig* in der „Nähe“ eines Zurückbehaltungsrechtes im Sinne des § 273 Abs. 1 BGB angesiedelt. Die Rückforderbarkeit des zuviel gezahlten Geldvolumens sei auch vereinbar mit dem des über Treu und Glauben aus § 242 BGB hergeleiteten Grundsatzes: „dolo facit, qui petit, quod statim redditurus est“.¹²⁶⁰

(f) Die Ansicht von *Kreutz, Matthes, Schulin und Thüsing*

Für den Fall, daß der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigt, das von ihm freiwillig zur Verfügung gestellte Leistungsvolumen zu reduzieren und eine Änderung des dazugehörigen Verteilungsplanes herbeizuführen, befürworten *Kreutz, Matthes, Schulin* und *Thüsing* ebenso wie *Koenig*, eine restriktive Nachwirkung der betreffenden Betriebsvereinbarung.¹²⁶¹ Die genannten Autoren kritisieren bei dieser Kündigungskonstellation wegen der Mitbestimmungsfreiheit des Dotierungsrahmens die vom Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 26.10.1993 propagierte Nachwirkung der gesamten Betriebsvereinbarung und die mit ihr verbundene „überschießende Wirkung“. Das Argument dieser Rechtsprechung, nur die ganze Betriebsvereinbarung könne nachwirken, betrachten sie als nicht überzeugend. *Schulin* macht in seiner Anmerkung zu dem angeführten Urteil darauf aufmerksam, daß § 77 Abs. 6 BetrVG vom Wortlaut her bei teilmitbestimmten Betriebsvereinbarungen nicht zwingend eine untrennbare Verbundenheit der Regelungstatbestände nach §§ 87 und 88 BetrVG, wie vom Bundesarbeitsgericht angenommen, fordere. Er versteht die Nachwirkungsregelung des § 77 Abs. 6 BetrVG so, daß nur diejenigen Regelungen, die der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrates unterliegen, Nachwirkung entfalten. Dies treffe nur auf die Regelungen hinsichtlich des Verteilungsplanes zu.¹²⁶² Selbst wenn

¹²⁶⁰ So *Koenig*, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 101.

¹²⁶¹ GK-BetrVG, *Kreutz*, § 77 Rn. 339; MünchArbR-Bd. 3, *Matthes*, § 319 Rn. 56; *Schulin*, Anm. zu BAG, EzA Nr. 53 zu § 77 BetrVG 1972, S. 9, 13 f.; *Thüsing*, DB 1997, S. 1130, 1135.

¹²⁶² *Schulin*, Anm. zu BAG, EzA Nr. 53 zu § 77 BetrVG 1972, S. 9, 13.

ein solcher Verteilungsplan der Betriebsvereinbarung nur mittelbar aus den Leistungsumschreibungen zu entnehmen sei, will *Schulin* mittels einer teleologischen Reduktion den so ermittelten Verteilungsplan als eigenständige „Regelung“ im Sinne des § 77 Abs. 6 BetrVG verstehen und die Rechtsfolge der Nachwirkung auf ihn begrenzen.¹²⁶³ Die genannten Autoren unterscheiden damit streng zwischen dem nachwirkungsfreien Dotierungsrahmen und dem nachwirkenden Verteilungsplan. Die aus dieser Unterscheidung resultierende restriktive Nachwirkung der teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung führt ihrer Ansicht nach bei einer vom Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigten teilweisen Streichung seiner gewährten Leistungen mit/ohne Veränderung des dazugehörigen Verteilungsplanes im Ergebnis zu folgenden rechtlichen Konsequenzen:

Wolle der Arbeitgeber das Leistungsvolumen kürzen, so könne er dies vornehmen, in dem er unter Beibehaltung des allein weiter geltenden bisherigen Verteilungsplanes jede einzelne Leistung im gleichen Verhältnis kürzt.¹²⁶⁴ *Kreutz* und *Schulin* bezeichnen dieses Ergebnis lediglich als Konsequenz der Feststellung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts aus dem Beschluß vom 3.12.1991 zur Mitbestimmung bei der Anrechnung übertariflicher Zulagen.¹²⁶⁵ Der Große Senat räumt dem Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf übertarifliche Geldzulagen das Recht ein, daß dieser bei der mitbestimmungspflichtigen Anrechnung bis zur Einigung mit dem Betriebsrat das Zulagenvolumen und - unter Beibehaltung der bisherigen Verteilungsgrundsätze - auch entsprechend die einzelnen Geldzulagen kürzen dürfe.¹²⁶⁶ Dementsprechend könne der Arbeitgeber das Leistungsvolumen unter Beibehaltung des Verteilungsschlüssels auch proportional herabsetzen.¹²⁶⁷ Dies sei die logische Konsequenz aus der Mitbestimmungsfreiheit des Dotierungsrahmens.¹²⁶⁸ *Thüsing* knüpft in beiden Fällen die restriktive Nachwirkung der Betriebsvereinbarung an die Prämisse, daß der Arbeitgeber schon zum Kündigungszeitpunkt eine Neuverteilung des Zulagenvolumens anstrebt, ansonsten würde es sich um eine von ihm neu gewährte Zulage handeln, auf die der bestehende Verteilungsplan nicht mehr anwendbar wäre.¹²⁶⁹ Eine mit der Kürzung gleichzeitig verbundene Veränderung des nachwirkenden Verteilungsplanes sei dem Arbeitgeber dagegen

¹²⁶³ Schulin, Anm. zu BAG, EzA Nr. 53 zu § 77 BetrVG 1972, S. 9, 13 f.

¹²⁶⁴ GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 339; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 56; Schulin, Anm. zu BAG, EzA Nr. 53 zu § 77 BetrVG 1972, S. 9, 14.

¹²⁶⁵ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972.

¹²⁶⁶ So BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 LS 5 a).

¹²⁶⁷ Siehe GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 339; Schulin, Anm. zu BAG, EzA Nr. 53 zu § 77 BetrVG 1972, S. 9, 14.

¹²⁶⁸ Thüsing, DB 1997, S. 1130, 1135; im Ergebnis ebenso GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 339; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 56; Schulin, Anm. zu BAG, EzA Nr. 53 zu § 77 BetrVG 1972, S. 9, 14.

¹²⁶⁹ Vgl. Thüsing, DB 1997, S. 1130, 1135.

nicht gestattet. Dies wäre erst möglich, wenn der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat einen neuen Leistungsplan erstellt.¹²⁷⁰ Falls der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtige, nur den Verteilungsplan zu ändern, sei wegen dessen Mitbestimmungspflichtigkeit Nachwirkung der gesamten Betriebsvereinbarung unter Einschluß der unveränderten Dotierungsmasse anzunehmen.¹²⁷¹

Aufgrund der in diesem Sinne von *Kreutz*, *Matthes*, *Schulin* und *Thüsing* verstandenen restriktiven Nachwirkung der abgelaufenen Betriebsvereinbarung wird die vom Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigte Streichung des Leistungsvolumens, sofern diese in der oben genannten Art und Weise vorgenommen wird, sofort wirksam.

(g) Die Ansicht von *Klein*

Auch *Klein*, der sich in seiner Dissertation „Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung“ ausführlich mit der Nachwirkungslage einer abgelaufenen teilmittelbestimmten Betriebsvereinbarung über freiwillige zusätzliche Arbeitgeberleistungen befaßt hat, befürwortet, falls der Arbeitgeber mit der Kündigung einer solchen Betriebsvereinbarung (nach § 77 Abs. 5 BetrVG) beabsichtigt, das Leistungsvolumens teilweise zu streichen, nur eine beschränkte Nachwirkung der betrieblichen Vereinbarung.¹²⁷² *Klein* faßt die vom Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigte Reduzierung des Leistungsvolumens als eine Teilkündigung der Betriebsvereinbarung auf. In der Kündigung immer eine Beendigung der Gesamtvereinbarung zu sehen, so wie dies *Leinemann* annimmt,¹²⁷³ hält er für eine zu „statische Betrachtung“. ¹²⁷⁴ *Klein* gibt zu bedenken, daß im Anschluß an die Teilkündigung die von ihr unberührten, unmittelbar weiter geltenden bisherigen Verteilungsgrundsätze nicht immer auf das reduzierte Leistungsvolumen übertragbar seien. Da er im Grundsatz die Gesamtnachwirkung der teilmittelbestimmten Betriebsvereinbarung anerkennt, weist er folgerichtig auf das Problem hin, daß aufgrund der mitbestimmungspflichtigen Verteilungsgrundsätze der Arbeitgeber trotz der Reduzierungsabsicht zur Aufrechterhaltung seiner bisherigen Leistungen gezwungen werden könnte, solange er keine Einigung mit dem Betriebsrat über einen neuen Verteilungsplan der gekürzten Dotierung erzielt hat beziehungsweise kein dementsprechender Spruch der Einigungsstelle vorliegt. *Klein* sieht in einer solchen, sich aus der „hinkenden“ Mitbestimmung ergebenden „überschießenden Wirkung“ der Betriebsvereinbarung eine Kollision mit dem Grundsatz der arbeitgeberseitigen Dotierungsfreiheit.

	Der	daraus	resultiert
--	-----	--------	------------

¹²⁷⁰ MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 56.

¹²⁷¹ Vgl. z.B. Thüsing, DB 1997, S. 1130, 1135.

¹²⁷² Siehe hierzu Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 223 ff.

¹²⁷³ Vgl. Leinemann, BB 1989, S. 1905, 1908.

¹²⁷⁴ Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 225.

tierede Konflikt müsse primär an der gesetzlichen Vorgabe der Freiwilligkeit gelöst werden.¹²⁷⁵ *Klein* vertritt diesbezüglich den Standpunkt, daß das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates als Garant der Verteilungsgerechtigkeit nur den Verteilungsplan des Leistungsvolumens betreffe. Dagegen habe es nicht den Zweck, den Arbeitgeber nach einer Reduzierungskündigung zur Weitergewährung einer nicht gewollten Leistung zu zwingen.¹²⁷⁶ Er spricht sich im Ergebnis bei einer solchen Teilkündigung für eine finanzielle Beschränkung der sich aus der Nachwirkung ergebenden „überschießenden Wirkung“ aus. Die restriktive Nachwirkung will er gleichsam wie *Hanau*, durch die Rückwirkung der Neuregelung über den Verteilungsplan auf den Beendigungszeitpunkt der Betriebsvereinbarung erzielen.¹²⁷⁷

Klein kritisiert den von *Kreutz*, *Matthes*, *Schulin* und *Thüsing* vorgeschlagenen Lösungsweg, daß der Arbeitgeber nach der Kündigung die Reduzierung der Dotierung sofort vornehmen könne. Der Arbeitgeber sei vielmehr dazu verpflichtet, nach Ablauf der alten Betriebsvereinbarung bis zu einer Neuregelung auf der Basis des alten Verteilungsplanes unvermindert weiter zu leisten, sofern der Betriebsrat einer Kürzung nicht zustimme.¹²⁷⁸ Seine Kritik begründet *Klein* einerseits mit der mangelnden Praktikabilität der einseitigen sofortigen Reduzierung des Leistungsvolumens, da der Arbeitgeber zu diesem Zeitpunkt noch keine Gewißheit über den neuen Verteilungsplan habe, andererseits, daß durch diese sofortige Kürzung „de facto“ die Nachwirkung unterlaufen werde. Zudem würde die vorläufige Aufrechterhaltung des Dotierungsrahmens die Bereitschaft des Arbeitgebers zum Abschluß eines neuen Verteilungsplanes verstärken und darüber hinaus „neuen Streitstoff“ mit dem Betriebsrat verhindern.¹²⁷⁹

(h) Die Ansicht von *Krebs*

Krebs spricht sich in seiner Anmerkung zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 26.10.1993 zumindest im Fall der vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung zwecks teilweiser Streichung des Leistungsvolumens bei bleibender Anwendbarkeit des dazugehörigen Verteilungsplanes ebenfalls für eine be-

¹²⁷⁵ Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 226.

¹²⁷⁶ Siehe Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 226 f.

¹²⁷⁷ Vgl. Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 227 f.; diese Lösung schlagen auch Fitting/Kaiser/Heither/Engels (Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 162 a)) vor, wobei sie jedoch restriktiv die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung nur befürworten, sofern den Arbeitnehmern bewußt ist, daß sie mit einer solchen Rückwirkung der neuen Betriebsvereinbarung rechnen mußten. Andernfalls gehen diese Autoren, ebenso wie das Bundesarbeitsgericht, von einer Gesamtnachwirkung der gekündigten Betriebsvereinbarung aus.

¹²⁷⁸ So Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 228.

¹²⁷⁹ Vgl. Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 229.

schränkte Nachwirkung der betrieblichen Geldzulagenregelung aus.¹²⁸⁰ In allen anderen Fällen (beabsichtigte Streichung mit Veränderung des Leistungsplanes oder nur die beabsichtigte Änderung desselben) lehnt er die Nachwirkung einer solchen Betriebsvereinbarung grundsätzlich ab. Seine diesbezüglichen Überlegungen beruhen maßgeblich auf der analogen Anwendung des § 77 Abs. 6 BetrVG und dem damit entsprechend § 4 Abs. 5 TVG interpretierten Normzweck der Nachwirkungsregelung.

Die analoge Anwendung begründet Krebs mit der Mitbestimmungsfreiheit des Dotierungsrahmens bei einer betrieblichen Geldzulagenregelung und der damit verbundenen Tatsache, daß die Einigungsstelle nicht verbindlich über die Angelegenheit als ganzes entscheiden könne.¹²⁸¹ In Anlehnung an § 4 Abs. 5 TVG sieht er den Normzweck des § 77 Abs. 6 BetrVG in einer für beide Arbeitsvertragsparteien interessengerechten Ausfüllung einer vom Gesetzgeber unbewußt geschaffenen Lücke.¹²⁸² Krebs hält die Nachwirkung einer betrieblichen Geldzulagenregelung in rechtsfolgenmodifizierender Analogie zu § 77 Abs. 6 BetrVG nur dann für die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite interessengerecht, wenn der Arbeitgeber im „Überbrückungszeit-raum“ an seinen von ihm reduzierten Dotierungsrahmen gebunden werde und die „alten“ Verteilungsgrundsätze auf diese Dotierungsmasse anwendbar seien (restriktive Nachwirkung). Das Arbeitgeberinteresse an der Bestimmung des Leistungsvolumens sei grundsätzlich höher zu bewerten und dementsprechend zu berücksichtigen, als die sich daran anschließenden Interessen der Arbeitnehmer hinsichtlich der Verteilungsgerechtigkeit.¹²⁸³ Demnach hält Krebs die Nachwirkung des ursprünglichen Dotierungsrahmens generell für ausgeschlossen, sofern der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigt, das Leistungsvolumen zu reduzieren. Falls dann auch nicht mehr die bestehenden Verteilungsgrundsätze auf den neuen Dotierungsrahmen passen würden, lehnt er wegen der mangelnden Übertragbarkeit und der nicht mehr zu erzielenden Verteilungsgerechtigkeit die Gesamtnachwirkung der betrieblichen Geldzulagenregelung gänzlich ab.¹²⁸⁴ Obwohl nicht ausdrücklich in seinen Ausführungen erwähnt, muß dies seiner Ansicht nach auch für eine nur beabsichtigte Veränderung des mitbestimmungspflichtigen Verteilungsplanes gelten, weil bei dieser Konstellation wegen der Nichtbeteiligung des Betriebsrates aus der Sicht der Arbeitnehmer die Verteilungsgerechtigkeit der freiwilligen Leistungen nicht hinreichend gewährleistet wäre.

¹²⁸⁰ Krebs, Anm. zu BAG, SAE 1995, S. 280, 282 f.

¹²⁸¹ Siehe Krebs, Anm. zu BAG, SAE 1995, S. 280, 281.

¹²⁸² So Krebs, Anm. zu BAG, SAE 1995, S. 280, 283.

¹²⁸³ Krebs, Anm. zu BAG, SAE 1995, S. 280, 283.

¹²⁸⁴ So Krebs, Anm. zu BAG, SAE 1995, S. 280, 283.

(3) Stellungnahme

Wie bereits oben im Zusammenhang mit der gänzlichen Streichung übertariflicher Zulagengelder festgestellt wurde, beurteilen das Bundesarbeitsgericht und die herrschenden Rechtslehre die Nachwirkung einer arbeitgeberseitigen, nach § 77 Abs. 5 BetrVG gekündigten, übertarifliche Geldzulagen regelnden Betriebsvereinbarung in Abhängigkeit von dem Zweck, den der Arbeitgeber mit der Kündigung verfolgt. Dies trifft, wie die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und die hier geschilderte Meinungsübersicht innerhalb der Rechtslehre verdeutlichen, ebenso für den Fall einer mit der Kündigung beabsichtigten teilweisen Streichung dieser übertariflichen Gelder zu. Neben der vom Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 26.10.1993 entschiedenen Fallkonstellation, haben einige Autoren darüber hinaus auch Stellung zur Nachwirkungslage für den Fall genommen, daß der Verteilungsschlüssel des Geldvolumens auch nach der Streichung weiterhin anwendbar bleibt beziehungsweise wenn der Arbeitgeber nur dessen Verteilungsschlüssel ändern will.

Das Hauptaugenmerk der folgenden Stellungnahme zur Nachwirkungslage einer vom Arbeitgeber nach § 77 Abs. 5 BetrVG gekündigten Betriebsvereinbarung wird im folgenden auf die vom Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 26.10.1993 entschiedene Fallkonstellation gerichtet. Einerseits, weil im Zusammenhang mit dieser Konstellation das Bundesarbeitsgericht durch die Annahme der Gesamtnachwirkung der Betriebsvereinbarung eine Entscheidung getroffen hat, die richtungsweisende rechtliche Konsequenzen in sich birgt, andererseits weil dieses Urteil der Auslöser für eine umfängliche Diskussion innerhalb der Rechtslehre hinsichtlich der Nachwirkungslage einer gekündigten teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung gewesen ist. Das im Hinblick auf die Rechtsprechung meist mit kritischer Resonanz verbundene, breit gefächerte Meinungsspektrum im Schrifttum verdeutlicht, daß gerade bei der beabsichtigten Verkleinerung des Dotierungsrahmens mit gleichzeitig beabsichtigter Veränderung der Verteilungsgrundsätze die Nachwirkungslage - wegen der möglichen weitreichenden finanziellen Auswirkungen auf der Arbeitgeberseite - der Aufklärung bedarf. Die im Zusammenhang mit dieser Kündigungskonstellation vom Bundesarbeitsgericht vertretene Ansicht, daß trotz der arbeitgeberseitigen Kürzungsankündigung der übertariflichen Geldzulagen, die gesamte Betriebsvereinbarung wegen der „überschießenden Wirkung“ des mitbestimmungspflichtigen Verteilungsplanes nachwirkt - also unter Aufrechterhaltung des „alten“, ungekürzten Zulagenvolumens - ist abzulehnen. Ein Grund dafür ist, daß diese Rechtsprechung sich dogmatisch nicht hinreichend begründen läßt, ferner, weil sie in ihrer rechtlichen Konsequenz eine Abkehr von der bislang vom Bundesarbeitsgericht ständig vertretenen „Topftheorie“ bedeutet und darüber hinaus in der betrieblichen Praxis unter dem Gesichtspunkt wirtschaftlicher Aspekte für den Arbeitgeber zu unbilligen Ergebnissen führt. Die Ansicht des überwiegenden Teils der Rechtslehre, der zwar grundsätzlich die vom Bundesarbeitsgericht

propagierte „überschießenden Wirkung“ anerkennt, deren finanzielle Reichweite jedoch durch eine Restriktion der Nachwirkung einschränken will, ist nur aus ergebnisorientierter Sicht teilweise zustimmungsfähig. Auch die für die beschränkte Nachwirkung vorgebrachten Argumente halten einer Auseinandersetzung nicht stand. Im folgenden wird die hier geäußerte Kritik näher begründet und im Anschluß daran ein eigener Lösungsansatz zur Nachwirkungslage einer teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung vorgestellt.

(a) Kritik an der Rechtsprechung

Die Gesamtnachwirkung und die damit verbundene „überschießende Wirkung“ der vom Arbeitgeber nach § 77 Abs. 5 BetrVG gekündigten betrieblichen Geldzulagenregelung wird vom Bundesarbeitsgericht in seiner Rechtsprechung vom 26.10.1993 auf zwei Begründungslinien gestützt. Einerseits beruht sie maßgeblich auf dem Wortlaut des § 77 Abs. 6 BetrVG, andererseits auf der Heranziehung der Urteilsbegründungen zur vergleichbaren Problematik des Widerrufs übertariflicher Geldzulagen und der Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf solche Zulagen.¹²⁸⁵

(aa) Keine Begründung der Gesamtnachwirkung mit dem Wortlaut des § 77 Abs. 6 BetrVG

Ausgehend von dem Wortlaut des § 77 Abs. 6 BetrVG nimmt das Bundesarbeitsgericht wegen der Nachwirkung des mitbestimmungspflichtigen Verteilungsplanes eine Nachwirkung der gesamten teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung an, da diese nur als Ganzes nachwirken könne. *Berg*, der sich dieser Rechtsprechung anschließt, begründet die Gesamtnachwirkung damit, daß bei einer teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung über freiwillige Leistungen des Arbeitgebers die erzwingbaren und freiwilligen Elemente der Betriebsvereinbarung untrennbar miteinander verknüpft sein sollen und die betriebliche Vereinbarung daher insgesamt nachwirke.¹²⁸⁶ Fraglich ist, ob § 77 Abs. 6 BetrVG diese „überschießende Wirkung“ legitimieren kann. Dies ist zu verneinen, da in dieser Vorschrift nicht von der Weitergeltung der Betriebsvereinbarung als solcher die Rede ist, sondern nur von der Weitergeltung von Betriebsvereinbarungsregelungen. Demnach könnte allein aufgrund des Wortlautes des § 77 Abs. 6 BetrVG die Nachwirkung des Verteilungsplanes nur auf das vom Arbeitgeber gekürzte Zulagenvolumen beschränkt werden, wie dies die Befürworter der „restriktiven Nachwirkung“ fordern. Die Zweifelhaftigkeit des Begründungsversuches der „überschießenden Wirkung“ aus dem Wortlaut des § 77 Abs. 6 BetrVG wird noch deutlicher, wenn man die Entscheidungsgründe des Bundesarbeitsgerichts zu den Kündigungen teilmitbestimmter Betriebsvereinbarungen heranzieht, bei denen der Arbeitgeber

¹²⁸⁵ Hierzu BAG, AP Nrn. 12 und 53 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

¹²⁸⁶ Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, *Berg*, § 77 Rn. 59.

beabsichtigte, seine freiwilligen zusätzlichen Leistungen gänzlich zu streichen. Diesbezüglich haben verschiedene Senate des Bundesarbeitsgerichts seit 1989 im Ergebnis übereinstimmend jegliche Nachwirkung verneint.¹²⁸⁷ Ein Teil der Argumentation für dieses Ergebnis beruht auch hier auf dem Wortlaut des § 77 Abs. 6 BetrVG. Kernargumentation der Entscheidungsgründe dieser Rechtsprechung ist, daß es nach der Kündigung des Arbeitgebers für ihn nichts mehr zu verteilen gibt und dementsprechend der Betriebsrat keine Möglichkeit hat, den bisherigen Leistungsplan und Verteilungsschlüssel zu erhalten oder einen neuen durch Anrufung der Einigungsstelle zu erzwingen.¹²⁸⁸ Diese Begründung ist einleuchtend, da der Verteilungsplan neben dem Dotierungsrahmen für sich allein keine durchführbare Regelung darstellt. Mit der Argumentation des Bundesarbeitsgerichts auf der Grundlage des § 77 Abs. 6 BetrVG ließe sich aber in allen Entscheidungen genauso gut die Nachwirkung jeweils der gesamten Betriebsvereinbarung begründen. Zwar wird diese durch die Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG zunächst beseitigt, da jedoch der Verteilungsplan aufgrund seiner Mitbestimmungspflichtigkeit Nachwirkung entfaltet und das Bundesarbeitsgericht nur von der Gesamtnachwirkung einer teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung ausgeht, müßte konsequenterweise die gesamte Betriebsvereinbarung nachwirken. Dies bedeutet, daß das Bundesarbeitsgericht auch in den Fällen der beabsichtigten gänzlichen Streichung der freiwilligen Leistungen die „überschießende Wirkung“ hätte bejahen müssen. Bei dieser Kündigungskonstellation, wie auch bei der hier behandelten, bestand eine Entscheidungsalternative hinsichtlich der Nachwirkungslage: entweder Nachwirkung der gesamten Betriebsvereinbarung oder gar keine Nachwirkung. Daß sich das Bundesarbeitsgericht bei der beabsichtigten gänzlichen Streichung immer gegen die Gesamtnachwirkung ausgesprochen hat, hängt maßgeblich damit zusammen, daß es sich in seinen ganzen Entscheidungen neben dem Wortlaut des § 77 Abs. 6 BetrVG auch jeweils auf die seit 1975 in ständiger Rechtsprechung vertretene „Topftheorie“ stützte und diese (anders als in der Begründung des Urteils vom 26.10.1993) entsprechend konsequent anwandte.

So hat beispielsweise der 1. Senat in einem Beschluß vom 21.8.1990, der seinem Urteil vom 26.10.1993 voranging, bestätigt, nur durch den Ausschluß der Nachwirkung bei teilmitbestimmten Betriebsvereinbarungen könne sichergestellt werden, den Arbeitgeber nicht mit Mitteln des Betriebsverfassungsrechtes zu zwingen, eine freiwillige Leistung länger zu erbringen, als er aufgrund der in der Betriebsvereinbarung eingegangenen Bindung verpflich-

¹²⁸⁷ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 40 zu § 77 BetrVG 1972 unter I. 2. b) der Gründe; AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. 3. b) (3) der Gründe; AP Nr. 5 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter B. II. 3. der Gründe; AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter 2. a) der Gründe; AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. 2. der Gründe; siehe hierzu auch die Darstellung in Teil 3: C. IV. 2. b) aa) (1).

¹²⁸⁸ Siehe z.B. BAG, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. 3. b) (3) der Gründe.

tet ist.¹²⁸⁹ Obwohl das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 26.10.1993 an dieser Rechtsprechung und damit auch an der „Topftheorie“ festhält, findet diese Theorie keine Beachtung für die hier zu entscheidende Nachwirkungslage der gekündigten betrieblichen Geldzulagenregelung, denn der Arbeitgeber kann nach der Auffassung des 1. Senats sehr wohl, zumindest bis zur Einigung mit dem Betriebsrat beziehungsweise der Entscheidung der Einigungsstelle, zur Aufrechterhaltung der gesamten Dotierungsmasse gezwungen werden. Dadurch wird die ursprüngliche Mitbestimmungsfreiheit des Dotierungsrahmens über die Nachwirkung des Verteilungsplanes letztlich doch mitbestimmungspflichtig. Das könnte wiederum die oben geschilderten negativen wirtschaftlichen Folgen auf der Arbeitgeberseite nach sich ziehen. Das den übertariflichen Geldzulagen zugrundeliegende „Prinzip der Freiwilligkeit“ wird vom Bundesarbeitsgericht damit völlig außer Acht gelassen. Das Bundesarbeitsgericht macht einen folgenschweren Bewertungsfehler und setzt falsche Prioritäten, wenn es davon ausgeht, daß die Nachwirkung des Verteilungsplanes die Nachwirkung der gesamten Dotierungsmasse nach sich zieht. Wie *Loritz* zu Recht ausführt,¹²⁹⁰ sind nämlich die Verteilungsgrundsätze Folge der Festlegung des Dotierungsrahmens und müssen sich an diesem ausrichten, nicht umgekehrt.

(bb) Keine Begründung der Gesamtnachwirkung mit der Ratio des § 77 Abs. 6 BetrVG

Neben dem Wortlaut läßt sich auch aus der Ratio des § 77 Abs. 6 BetrVG nicht ableiten, daß die vom Arbeitgeber mit der Kündigung geplante Reduzierung des Dotierungsrahmens und Änderung der Verteilungsgrundsätze eine Nachwirkung der gesamten Betriebsvereinbarung und damit eine „überschießende Wirkung“ nach sich zieht. Geht man davon aus, daß die Nachwirkung zeitliche Regelungslücken vermeiden soll, ist mit ihr die Wahrung einer gewissen Kontinuität bezweckt. Eine zeitliche Regelungslücke kann allerdings nur vermieden werden, wenn der Arbeitgeber beabsichtigt, die bisherige Regelung fortzusetzen, sei es auch mit reduziertem Dotierungsrahmen und veränderten Verteilungsgrundsätzen. Nur dann folgt eine Neuregelung, zu der eine Kontinuität hergestellt werden könnte. Man muß sich aber fragen, warum die Kontinuität einer Regelung gewahrt werden soll, deren gänzliche Beseitigung dem Arbeitgeber freisteht. Die jeweils auftretenden Regelungslücken sind dieselben und werden offenbar vom Gesetz hingenommen.

Selbst wenn man den Sinn der Nachwirkung in der kontinuierlichen Wahrung betriebsverfassungsrechtlicher Mitbestimmungsrechte sieht,¹²⁹¹ spricht dies

¹²⁸⁹ Vgl. BAG, AP Nr. 5 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter B. II. 3. der Gründe.

¹²⁹⁰ Siehe Loritz, RdA 1991, S. 65, 77.

¹²⁹¹ So BAG, AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. A. 2. der Gründe.

noch nicht für eine Gesamtnachwirkung der mit den genannten Absichten vom Arbeitgeber gekündigten betrieblichen Geldzulagenregelung. Wie festgestellt, erstreckt sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG allein auf die Verteilung der Dotierungsmasse.¹²⁹² Stellt der Arbeitgeber wie hier, mittels der Kündigung seine übertariflichen Geldzulagenzahlungen, wenn auch nur vorübergehend ein, trifft er eine mitbestimmungsfreie Entscheidung bezüglich des Zulagenvolumens; das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) wird dadurch aber nicht beeinträchtigt. Zwar wird durch die vom Arbeitgeber vorgenommene einseitige Änderung der Verteilungsgrundsätze dieses Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates verletzt, dessen Reichweite wird aber bereits voll gewahrt, wenn die reduzierte Dotierungsmasse nach den nachwirkenden „alten“ Verteilungsregeln verteilt wird. Selbst wenn diese Verteilungsregeln nicht mehr auf das reduzierte Zulagenvolumen anwendbar sind, wäre das diesbezügliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gesichert. Nach der sogenannten „Wirksamkeitstheorie“, die auch als Theorie der „notwendigen Mitbestimmung“ bezeichnet wird,¹²⁹³ welche besagt, daß der Arbeitgeber im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung nicht einseitig, ohne vorherige Einigung mit dem Betriebsrat, handeln und auf diese Weise Fakten schaffen darf,¹²⁹⁴ wäre nämlich die Festlegung der neuen Verteilungsgrundsätze ohne Beteiligung des Betriebsrates rechtsunwirksam.¹²⁹⁵ Der Arbeitgeber könnte demnach die reduzierte Dotierungsmasse nicht nach seinen alleinigen Vorstellungen verteilen, sondern müßte diesbezüglich eine Einigung mit dem Betriebsrat erzielen. Einer Wahrung oder Sicherung betrieblicher Mitbestimmungsrechte bedarf es also im Wege der Nachwirkung überhaupt nicht. Aus der Mitbestimmungspflichtigkeit einer Angelegenheit wird durch § 77 Abs. 6 BetrVG vielmehr die Konsequenz gezogen, daß die mitbestimmte Regelung (Verteilungsplan) trotz beendigter Betriebsvereinbarung weiterhin Geltung beanspruchen kann.¹²⁹⁶

¹²⁹² Siehe Teil 2: D. IV. 2. bis 4.

¹²⁹³ So Schlochauer, in: Hromadka, Änderung, S. 221, 236; vgl. ausführlich hierzu GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 98 ff. m.w.N.

¹²⁹⁴ Vgl. hierzu z.B. BAG, AP Nr. 10 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes; AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. III. 4. der Gründe; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 87 Rn. 480; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 87 Rnn. 16 ff.; GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 92 ff. m.w.N. und 111 ff.; Boewer, DB 1973, S. 522; Säcker, ZfA 1972, Sonderheft, S. 55 f.; Trittin, ArbuR 1991, S. 329, 333.

¹²⁹⁵ So z.B. GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rn. 119.

¹²⁹⁶ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 5 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter B. II. 4. der Gründe; AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter 2. b) der Gründe.

(cc) Keine Begründung der Gesamtnachwirkung mit den Entscheidungsgründen der Urteile vom 3.8.1982 und vom 11.8.1992

Auch die Heranziehung der Urteilsbegründungen zur vergleichbaren Problematik des Widerrufs übertariflicher Geldzulagen und der Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf solche Zulagen,¹²⁹⁷ vermag den Urteilsspruch vom 26.10.1993 nicht zu rechtfertigen.

Dem den Widerruf betreffenden Urteil des 3. Senats vom 3.8.1982, auf das sich der 1. Senat in seinem Urteil vom 26.10.1993 hinsichtlich der „überschießenden Wirkung“ beruft, lag der Sachverhalt zugrunde, daß der Arbeitgeber durch einen Widerruf die von ihm an seine Belegschaft gewährten Geldzulagen (es ging hier um Forschungszulagen) gänzlich gestrichen hatte, um solche Gelder künftig nach einem anderen Verteilungsplan (Reduzierung des begünstigten Personenkreises, bei gleichzeitiger, im Vergleich zur früheren Regelung, Erhöhung der Forschungszulagen) gewähren zu können. Bei der anschließenden Neugewährung der Forschungszulagen beteiligte er den Betriebsrat jedoch nicht an der Erstellung des neuen Verteilungsplanes. Der Arbeitgeber wurde durch den Urteilsspruch des 3. Senats trotz der durch den Widerruf bedingten gänzlichen Streichung des Zulagenvolumens im Ergebnis gezwungen, bis zur Einigung mit dem Betriebsrat über den neuen Verteilungsplan der Gelder am alten Dotierungsrahmen festzuhalten.¹²⁹⁸ Dieses Ergebnis wurde vom Bundesarbeitsgericht nicht nur mit einem Verstoß gegen das Betriebsverfassungsrecht wegen Nichtbeteiligung des Betriebsrates an dem neuen Verteilungsplan, sondern bereits durch die Nichtbeteiligung am generellen Widerruf begründet.¹²⁹⁹ Unter Berücksichtigung der bereits erwähnten „Wirksamkeitstheorie“ hielt der 3. Senat den ohne die Mitbestimmung des Betriebsrates (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) erfolgten Widerruf des Arbeitgebers für unwirksam.¹³⁰⁰ Dem Arbeitgeber sei es bei seinem generellen Widerruf nicht um die endgültige Einstellung der übertariflichen Geldzulagen gegangen, sondern vielmehr darum, rasch und einfach eine günstige Ausgangslage für die Neuverteilung dieser Gelder zu schaffen. Nicht die gänzliche Streichung der Zulagengelder, sondern die Aufstellung neuer Richtlinien für deren Gewährung sei das Regelungsziel des Arbeitgebers gewesen. Daraus folge, daß der Widerruf des Arbeitgebers nicht isoliert betrachtet werden dürfe, da er nur unselbständiger Teil einer allgemeinen (Neu-) Regelung der betrieblichen Lohngestaltung sei. In diesem Zusammenhang klassifizierte das Bundesarbeitsgericht die zweistufige Vorgehensweise des Arbeitgebers nicht

¹²⁹⁷ Hierzu BAG, AP Nrn. 12 und 53 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

¹²⁹⁸ So im Ergebnis BAG, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter 4. der Gründe.

¹²⁹⁹ Vgl. BAG, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter 3. a) und c) der Gründe.

¹³⁰⁰ Siehe BAG, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter 4. der Gründe.

als eine mitbestimmungsfreie „Abschaffung“ des alten und mitbestimmungspflichtige Einführung eines neuen Zulagensystems, sondern vielmehr als eine untrennbare, mitbestimmungspflichtige Änderung des gesamten bestehenden Zulagensystems.¹³⁰¹ Würde der Betriebsrat hierbei nicht Gelegenheit haben, seine Vorstellungen über den Abbau des alten Systems und die Einführung eines neuen schon beim Widerruf zur Geltung zu bringen, bliebe er von einem Teil der ihm zugewiesenen Mitbestimmung ausgeschlossen. Demzufolge sei bereits der ohne Zustimmung des Betriebsrates erklärte Widerruf unwirksam.¹³⁰² Der 3. Senat behandelte die genannte Fallgestaltung rechtlich in gleicher Weise wie die vom Arbeitgeber in einem Schritt vorgenommene Kürzung der übertariflichen Geldzulagen. Auch diese unterliegt nach der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts der Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.¹³⁰³ Die Rechtsprechung des 3. Senats, auf die sich der 1. Senat in seiner Urteilsbegründung vom 26.10.1993 unter anderem stützt, wurde durch weitere Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts bestätigt, insbesondere durch den Beschluß des Großen Senats zur Mitbestimmung bei der Anrechnung einer Tarifloohnerhöhung auf übertarifliche Zulagen vom 3.12.1991.¹³⁰⁴ Der Große Senat hat auch hier mit der „Wirksamkeitstheorie“ die Unwirksamkeit der einseitigen Anrechnung bis zur Einigung mit dem Betriebsrat bestätigt, sofern der Arbeitgeber infolge seiner Anrechnung die Verteilungsgrundsätze der Geldzulagen ändere und damit Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates (§ 87 Abs. 1 Nr. 10) verletze. Dieser Sanktion bedarf es seiner Ansicht nach, da der Arbeitgeber nicht auf andere Weise zur Beachtung dieses Mitbestimmungsrechtes anzuhalten sei.¹³⁰⁵ Eine damit verbundene „überschießende Wirkung“ hat der Große Senat jedoch abgelehnt, da der Arbeitgeber die Möglichkeit habe, die Tarifloohnerhöhung ohne Veränderung der Verteilungsgrundsätze einseitig (mitbestimmungsfrei) auf die übertariflichen Geldzulagen anzurechnen.¹³⁰⁶

Das andere Urteil, auf dessen Entscheidungsgründe der 1. Senat (unter anderem) die dogmatische Fundierung der Gesamtnachwirkung und die damit

¹³⁰¹ So auch vom Ergebnis her im Zusammenhang mit der Anrechnung einer Tarifloohnerhöhung auf übertarifliche Geldzulagen BAG, AP Nr. 86 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter II. 2. c) der Gründe.

¹³⁰² Vgl. BAG, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter 3. a) der Gründe; zustimmend Misera, gemeins. Anm. zu BAG, AP Nrn. 4 und 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Bl. 4, 5; Hirschberg, Anm. zu BAG, SAE 1983, S. 320 f.; Molkenbur/Roßmanith, ArbuR 1990, S. 333, 337; ablehnend GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rn. 876; Rau, Die Systematik, S. 161 f.

¹³⁰³ Siehe hierzu BAG, AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

¹³⁰⁴ BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; vgl. auch BAG, AP Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung.

¹³⁰⁵ So BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter D. II. der Gründe.

¹³⁰⁶ Siehe BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter D. II. der Gründe.

verbundene „überschießenden Wirkung“ in seinem Urteil vom 26.10.1993 stützt, stammt von ihm selbst und erging am 11.8.1992 im Anschluß an das oben skizzierte Urteil des 3. Senats vom 3.8.1982.¹³⁰⁷ Der Entscheidung vom 11.8.1992 lag der Sachverhalt zugrunde, daß der Arbeitgeber ohne Beteiligung des Betriebsrates eine Tariflohnerhöhung nicht bei allen Arbeitnehmern voll und gleichmäßig auf die übertariflichen Geldzulagen angerechnet hatte. Dies hing damit zusammen, daß er anläßlich der Tariflohnerhöhung eigenmächtig diese nur bei einem Teil der Arbeitnehmer anrechnete, einem anderen Teil dagegen aus dem verbleibenden Zulagenvolumen erstmals in unterschiedlicher Höhe und auch als Prämien übertarifliche Gelder zahlte. Der 1. Senat hielt die unterschiedliche Anrechnung der Tariflohnerhöhung für eine nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtige Veränderung der Verteilungsgrundsätze der übertariflichen Geldzulagen.¹³⁰⁸ Dieses Mitbestimmungsrecht sah er gleichfalls gegeben, weil auch ein Spielraum für eine andere Verteilung des gekürzten Zulagenvolumens verblieben sei. Der Arbeitgeber hätte nämlich, anstatt die Tariflohnerhöhung nur bei einem Teil der Arbeitnehmer voll auf die übertariflichen Geldzulagen anzurechnen, die Anrechnung auf diese Gelder bei allen Arbeitnehmern auch teilweise gleichmäßig oder ungleichmäßig nach anderen Kriterien vornehmen können.¹³⁰⁹ Da der Arbeitgeber bei seiner Anrechnung das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) nicht beachtet habe, sei diese gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern unwirksam.¹³¹⁰ Insoweit beruft sich auch der 1. Senat, der an der Rechtsprechung des 3. Senats vom 3.8.1982 und des Großen Senats vom 3.12.1991 festhält, auf die „Wirksamkeitstheorie“.

[1] Fehlende Trennung zwischen Widerruf und Neuverteilung der übertariflichen Geldzulagen

Die den Widerruf betreffende Urteilsbegründung des 3. Senats vom 3.8.1982 ist dahingehend zu kritisieren, daß das Bundesarbeitsgericht ohne nähere Begründung den Widerruf des Arbeitgebers lediglich als unselbständigen Teil der Neuregelung charakterisiert, obwohl gerade diese Feststellung eine tragende Bedeutung für seine Entscheidung hat. Daß der 3. Senat die zweistufige Vorgehensweise des Arbeitgebers (zuerst Widerruf, dann Neuverteilung der Forschungszulagen) unzutreffend als eine untrennbare, mitbestimmungspflichtige Änderung des bestehenden Zulagensystems bezeichnet, hängt maßgeblich damit zusammen, daß er bei dem Widerruf des Arbeitgebers auf dessen damit beabsichtigten Zweck abstellt. Diese subjektive Betrachtungsweise

¹³⁰⁷ Vgl. BAG, AP Nr. 53 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

¹³⁰⁸ Siehe BAG, AP Nr. 53 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter II. 3. der Gründe.

¹³⁰⁹ So BAG, AP Nr. 53 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter II. 3. der Gründe.

¹³¹⁰ Vgl. BAG, AP Nr. 53 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung LS und unter II. 3. der Gründe.

und die daran anknüpfenden Rechtsfolgen sind jedoch ebenso abzulehnen, wie die später vom 6. Senat im Urteil vom 26.10.1993 in Abhängigkeit von den arbeitgeberseitigen Kündigungsabsichten befürwortete „überschießende Wirkung“ (dazu unten). *Misera* begründet in seiner Anmerkung zu dem Urteil die vom 3. Senat vorgenommene Gesamtbetrachtung von Widerruf und Neuregelung (wohl auch in dessen Sinne) damit, daß mit dem Widerruf die endgültige Verteilung des gekürzten Zulagenvolumens an die weiterhin in den Genuß von Geldzulagen kommenden Arbeitnehmer beginne und für diejenigen Arbeitnehmer ende, die keine Zulage mehr erhalten sollen.¹³¹¹ Daran ist richtig, daß sich für diejenigen Arbeitnehmer, die nach dem neuen, mit dem Betriebsrat beschlossenen Verteilungsplan keine Zulagen (Forschungszulagen) mehr erhalten sollen, nach dessen Beschluß praktisch nur der Zustand fortsetzt, der bereits seit dem Wirksamwerden des Widerrufs bestanden hat. Bei genauerer Betrachtungsweise endet für diese Arbeitnehmer die Verteilung der Zulagengelder jedoch nicht bereits mit dem Widerruf. Denn wer von dem neuen, insgesamt reduzierten Zulagenvolumen mehr oder weniger als zuvor oder überhaupt nichts mehr erhalten soll, steht erst fest, wenn sich Arbeitgeber und Betriebsrat auf einen neuen Verteilungsplan geeinigt haben beziehungsweise die Einigungsstelle ihren die Einigung ersetzenden Spruch gefällt hat. Der vollständige Widerruf des Arbeitgebers bewirkt meiner Ansicht nach nur, daß alle Arbeitnehmer zunächst ihre Ansprüche auf die Forschungszulage gegenüber ihrem Arbeitgeber verlieren, dagegen wird durch ihn noch „nichts“ verteilt. Da der Arbeitgeber bei der durch den Widerruf bedingten gänzlichen Streichung der Zulagengelder allein eine den Dotierungsrahmen betreffende Maßnahme trifft, läßt sich entgegen der Ansicht des 3. Senats auch bei einer Nichtbeteiligung des Betriebsrates an diesem Widerruf keine Beschneidung dessen Mitbestimmungsrechtes aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG feststellen. Wie bereits geschildert, hat der Betriebsrat nämlich nicht über den Umfang der Dotierungsmasse mitzubestimmen, sondern nur über deren Verteilung.¹³¹² Nach dem Widerruf des Arbeitgebers hat der Betriebsrat immer noch die Möglichkeit, aufgrund seines erzwingbaren Mitbestimmungsrechtes bezüglich des Verteilungsplanes der Forschungszulagen, alle seine Vorstellungen bei deren Neuverteilung einzubringen und zu verwirklichen, soweit es der mitbestimmungsfreie Dotierungsrahmen zuläßt. Der Betriebsrat bleibt somit nicht, wie vom 3. Senat vermutet, von einem Teil der ihm zugewiesenen Mitbestimmung ausgeschlossen. In diesem Zusammenhang gilt es zu bedenken, daß ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates beim Widerruf die Ausdehnung des Mitbestimmungsrechtes auf die vom Arbeitgeber allein zu bestimmende Dotierung bedeuten und die „Topftheorie“ damit „ad absurdum“ führen würde. Deshalb ist ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei dem Widerruf des Arbeitgebers abzulehnen. Dessen

¹³¹¹ Misera, gemeins. Anm. zu BAG, AP Nrn. 4 und 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Bl. 4, 5.

¹³¹² Siehe hierzu Teil 2: D. IV. 1. a) und c).

Widerruf führt auch ohne Beteiligung des Betriebsrates zum Erlöschen der bisherigen Leistungsverpflichtung. Die Tatsache, daß der Arbeitgeber den Betriebsrat bei der mitbestimmungspflichtigen Neuverteilung der Forschungszulagen nicht beteiligt hat, führt gemäß der „Wirksamkeitstheorie“ nur zur Unwirksamkeit seines eigenmächtig aufgestellten neuen Verteilungsplanes. Von dieser Rechtsfolge wird aber nicht, wie vom 1. Senat angenommen, der Widerruf und die dadurch bedingte gänzliche Streichung der Forschungszulagen erfaßt. Folglich ist die vom Senat mit der „überschießenden Wirkung“ des Mitbestimmungsrechtes begründete arbeitgeberseitige Weitergewährungspflicht der alten Dotierungsmasse abzulehnen.

[2] Fehlerhafte Anknüpfung der erzwingbaren Mitbestimmung bereits beim Widerruf der übertariflichen Geldzulagen

Das Bundesarbeitsgericht macht in dieser, wie auch in vielen darauffolgenden Entscheidungen den gravierenden Fehler, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bereits bei der arbeitgeberseitigen Streichungs- oder Kürzungsentscheidung anzuknüpfen.¹³¹³ Dadurch werden aber die Grenzen der mitbestimmungsfreien und mitbestimmungspflichtigen Arbeitgeberentscheidungen verwischt. Besonders deutlich zeigt sich dieser Zustand in dem im vorhergehenden, kurz erwähnten Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 3.12.1991. In dieser grundlegenden Entscheidung, in der sich das Bundesarbeitsgericht mit der arbeitgeberseitigen Kürzung übertariflicher Zulagen mittels eines Widerrufs zum Ausgleich einer Tariflohnerhöhung befaßte, hat der Große Senat die Kürzung für mitbestimmungspflichtig gehalten, wenn sich nach ihr das Verhältnis der einzelnen Geldzulagen veränderte.¹³¹⁴ Erfolge die Kürzung dagegen unter Beibehaltung des bisherigen Verhältnisses der Geldzulagen untereinander, so sei sie mitbestimmungsfrei.¹³¹⁵ Auch hier knüpft das Bundesarbeitsgericht unzutreffend die Mitbestimmung des Betriebsrates an die Kürzungsentscheidung an. Damit setzt es aber die von ihm in seinem Beschluß theoretisch analysierte Trennung zwischen primärer mitbestimmungsfreier Arbeitgebervorgabe und sekundärem mitbestimmten Arbeitgeberverhalten praktisch nicht um. Dies zeigt sich gerade

¹³¹³ So auch z.B. BAG, Urt. v. 26.5.1998 - 1 AZR 704/97 ab II. 2. a) der Gründe (n.n.v., demnächst BAG, EzA Nr. 65 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung); AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter 3. der Gründe; AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung LS 2 und unter 4. der Gründe; AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung ab C. III. der Gründe; AP Nr. 53 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter II. 3. der Gründe; AP Nr. 71 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. 3. der Gründe; AP Nr. 86 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung LS und unter II. 2. c) der Gründe.

¹³¹⁴ Siehe BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter C. III. 5. der Gründe.

¹³¹⁵ So BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter C. III. 5. der Gründe.

dann, wenn durch eine einseitige Kürzung des Arbeitgebers die Proportionalität des Zulagengefüges verändert wird und dadurch (gemäß dieser Rechtsprechung) Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG tangiert werden. Obwohl die vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretene „Topftheorie“ im Beschluß vom 3.12.1991 bestätigt wird, trennt der Große Senat dogmatisch nicht sauber zwischen Primär- und Sekundärentscheidung des Arbeitgebers. Dies führt zu einer widersprüchlichen Anwendung beziehungsweise zu einer starken Reduktion der „Topftheorie“. Denn gerade im Bereich der übertariflichen Geldzulagen, deren Vergabekriterien zum Teil nach äußerst diffizilen Gesichtspunkten festgelegt werden, kann es praktisch Fälle geben, in denen der Arbeitgeber die Anrechnung von Tariflohnerhöhungen gar nicht mehr mitbestimmungsfrei vornehmen kann. Die mit der Anrechnung einhergehende eigentlich mitbestimmungsfreie Reduzierung des Dotierungsrahmens würde damit im Ergebnis mitbestimmungspflichtig. Damit bleibt, wie *Lieb* zu Recht einwendet, von der Mitbestimmungsfreiheit der Dotierung übertariflicher Geldzulagen praktisch nichts mehr übrig.¹³¹⁶ Über dieses, der „Topftheorie“ völlig zuwider laufende Ergebnis, kann auch nicht hinweg trösten, daß der Große Senat eine mit der mitbestimmungspflichtigen Anrechnung verbundene „überschießende Wirkung“ des Mitbestimmungsrechtes ablehnt, weil der Arbeitgeber die Möglichkeit habe, die Tariflohnerhöhung ohne Veränderung der Verteilungsgrundsätze einseitig (mitbestimmungsfrei) auf die übertariflichen Geldzulagen anzurechnen.¹³¹⁷

Auch die darauffolgende Entscheidung des 1. Senats vom 11.8.1992, die im Anschluß an die Entscheidung des 3. Senats vom 3.8.1982 erging, und auf die sich der 1. Senat in seiner Urteilsbegründung vom 26.10.1993 hinsichtlich der Gesamtnachwirkung der gekündigten betrieblichen Geldzulagenregelung beruft, leidet unter der dogmatisch unsauberen Trennung zwischen Primär- und Sekundärentscheidung des Arbeitgebers. Auch in diesem Urteil, das maßgeblich auf den Entscheidungsgründen des Großen Senats vom 3.12.1991 basiert, knüpft der 1. Senat das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates daran an, ob sich aufgrund der unterschiedlichen Anrechnung der Tariflohnerhöhung die Verteilungsgrundsätze der übertariflichen Geldzulagen verändern oder nicht. Aus den oben genannten Gründen ist jedoch die Anknüpfung der betrieblichen Mitbestimmung an die Kürzungs- oder Streichungsentscheidung des Arbeitgebers abzulehnen.

¹³¹⁶ Lieb, gemeins. Anm. zu BAG, SAE 1993, S. 114, 119.

¹³¹⁷ Anders aber in neuester Rspr. des BAG (BAG, AP Nr. 86 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter III. der Gründe), welches die „überschießende Wirkung“ als Unwirksamkeitsfolge des übergangenen Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates bei der Anrechnung einer Tariflohnerhöhungen auf übertarifliche Geldzulagen bejaht; siehe dazu auch Teil 3: D. III. 3.

Um Wertungswidersprüche zur „Topftheorie“ zu vermeiden und damit zusammenhängend dogmatisch sauber zwischen mitbestimmungsfreiem Dotierungsrahmen und mitbestimmungspflichtigem Verteilungsplan trennen zu können, muß der Anknüpfungspunkt für die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates die Neuverteilung des verbliebenen Zulagenvolumens sein. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine teilweise oder gänzliche Anrechnung einer Tariflohnerhöhung oder einen teilweisen oder gänzlichen Widerruf handelt. Diese arbeitgeberseitigen Maßnahmen sind nicht, wie von den einzelnen Senaten jeweils angenommen, als einheitlicher Vorgang zu bewerten, auch wenn dies äußerlich so erscheint¹³¹⁸ oder die damit bezweckten Absichten des Arbeitgebers darauf schließen lassen, sondern sind in drei rechtlich selbständige Schritte zu unterteilen:

1. in eine mitbestimmungsfreie gänzliche Streichung des bisherigen Zulagenvolumens; 2. in eine mitbestimmungsfreie Festsetzung eines neuen Zulagenvolumens (sofern der Arbeitgeber weiterhin Geldzulagen gewähren will) und 3. in eine mitbestimmungspflichtige Verteilung desselben.¹³¹⁹ Diese Entscheidungen lassen sich eindeutig und ohne Überschneidung voneinander abgrenzen. Nur so kann im Einklang mit der „Topftheorie“ der mitbestimmungsfreie Primärbereich von dem mitbestimmten Sekundärbereich unterschieden werden. Hinsichtlich der Anknüpfung der betrieblichen Mitbestimmung ist dem Bundesarbeitsgericht nach der hier skizzierten Rechtsprechung demnach nicht zu folgen. Daher können aus den untersuchten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts auch keine Rückschlüsse auf eine „überschießende Wirkung“ der gekündigten betrieblichen Geldzulagenregelung gezogen werden.

Die Begründung der „überschießenden Wirkung“ im Urteil des 1. Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 26.10.1993 birgt noch weitere dogmatische Unstimmigkeiten in sich.

(dd) Keine Abhängigkeit der Nachwirkungslage von den Kündigungsabsichten des Arbeitgebers

So kann dem Bundesarbeitsgericht, aber auch der überwiegenden Rechtslehre nicht zugestimmt werden, wenn sie die Nachwirkungslage der gekündigten betrieblichen Geldzulagenregelung anhand der Kündigungsabsichten des Arbeitgebers bestimmen. Die Rechtsprechung interpretierend und für die Rechtslehre stellvertretend, ist an dieser Stelle auf die Ansicht *Koenigs* zu

¹³¹⁸ Vgl. hierzu Bommermann, DB 1991, S. 2185, 2189; Lieb, Anm. zu BAG, SAE 1990, S. 221, 230.

¹³¹⁹ So auch Rau, Die Systematik, S. 148 ff.; ähnlich auch Bommermann (Bommermann, DB 1991, S. 2185, 2188 f.), der die Anrechnung übertariflicher Geldzulagen gedanklich nur in zwei Schritte zerlegt, aber zu einem vergleichbaren Ergebnis gelangt.

verweisen.¹³²⁰ Dieser sieht wegen der Nähe von Kündigungsausspruch und tatsächlichem Kürzungsvorgang des Arbeitgebers einen einheitlichen und gleichsam untrennbaren Vorgang. Die Intention der Zulagenkürzung und Änderung des Verteilungsplanes sei ein Indiz für die Einheitlichkeit des Vorganges. Mangels anderer Kriterien könne hier zur Beurteilung der Nachwirkungslage nur die subjektive Seite herangezogen werden.¹³²¹ Der die Nachwirkung auslösende mitbestimmungspflichtige neue Verteilungsplan der Gelder folge, ohne daß ein eigentlich selbständiger und von der Kündigung unabhängiger Vorgang aufgenommen würde.¹³²²

Diese auf bloße Absichtserklärungen reduzierte Bewertung der Nachwirkungslage mit ihren gravierenden Rechtsfolgen ist abzulehnen. Ebenso wie bei der mit der Kündigung verfolgten gänzlichen Streichung übertariflicher Geldzulagen ist auch bei der Kürzungsabsicht dieser Gelder mit gleichzeitiger Änderungsabsicht des Verteilungsplanes die Nachwirkungslage nicht in Abhängigkeit von den Kündigungsabsichten zu beurteilen.¹³²³ Die Rechtsfolgen einer solchen arbeitgeberseitigen Kündigung treten nämlich unabhängig von diesen verfolgten Zwecken ein.¹³²⁴ § 77 Abs. 6 BetrVG knüpft nur an objektive Kriterien, insbesondere den Inhalt der abgelaufenen Betriebsvereinbarung an. Darüber hinaus kann die Abhängigkeit der Nachwirkungslage von den arbeitgeberseitigen Kündigungsabsichten zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen. Wie wäre beispielsweise die Nachwirkungslage zu beurteilen, wenn der Arbeitgeber an seiner ursprünglichen Absicht, die übertariflichen Geldzulagen in Zukunft gekürzt und mit geändertem Verteilungsplan weiter zu gewähren, nicht festhält, sondern sie doch völlig streicht, irgendwann im Zeitraum nach Ablauf der Betriebsvereinbarung aber doch gekürzte Gelder mit anderer Verteilung einführt? Sollte man für diese Zwischenzeit die Nachwirkung der gesamten „alten“ Betriebsvereinbarung inklusive der „überschießenden Wirkung“ annehmen oder möglicherweise von einer nachwirkungsfreien Neuregelung ausgehen? Falls man letzteres bejahen würde, müßte wiederum geklärt werden, wie groß die Zeitspanne zwischen dem Ablauf der betrieblichen Geldzulagenregelung und dem Kürzungsvorgang sein muß, um überhaupt von einer Neuregelung ausgehen zu können. Ungeklärt ist die Nachwirkungslage auch, wenn der Arbeitgeber - anders als im vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall - seine Kündigungsabsichten nicht sogleich offenlegt, ganz verschweigt oder diesbezüglich noch un-

¹³²⁰ Vgl. Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 106 f.

¹³²¹ Siehe Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 106; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 339.

¹³²² Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 106.

¹³²³ Vgl. hierzu auch Blomeyer, DB 1990, S. 173, 174; Leinemann, in: Hromadka, Änderung, S. 145, 156; ders., BB 1989, S. 1905, 1908.

¹³²⁴ Insoweit ist nur Leinemann (Leinemann, in: Hromadka, Änderung, S. 145, 156; ders., BB 1989, S. 1905, 1908) zu folgen.

schlüssig ist. Anhand dieser Überlegungen wird deutlich, daß ausgehend von den arbeitgeberseitigen Kündigungsabsichten die Nachwirkungslage in diesen Fällen zu einer rein ergebnisorientierten Fiktion werden könnte. Der seinem Urteil vom 26.10.1993 nachfolgende Beschluß des 1. Senats vom 17.1.1995 trägt zumindest teilweise zur Aufklärung dieser offenen Fragen bei.¹³²⁵ Der 1. Senat hatte in dieser Entscheidung im Zusammenhang mit der Nachwirkungslage einer gekündigten Betriebsvereinbarung über eine Weihnachtsgratifikation festgestellt, daß allein die Möglichkeit einer späteren Wiederaufnahme dieser übertariflichen Leistungen keine Nachwirkung erzeugt. Sofern nicht feststehe, ob, wann und in welcher Weise eine mitbestimmungspflichtige Regelungsfrage bezüglich Weihnachtsgratifikationen wieder entstehen kann, habe die gekündigte Betriebsvereinbarung ihre Bedeutung als kollektivrechtliche Anspruchsgrundlage verloren.¹³²⁶ Auch diese Rechtsprechung beurteilt fälschlicherweise die Nachwirkungslage in Abhängigkeit von den Kündigungsabsichten des Arbeitgebers. Begrüßenswert ist in diesem Zusammenhang aber die Tendenz, daß der 1. Senat bei einer späteren arbeitgeberseitigen Wiederaufnahme der übertariflichen Leistungen unter bestimmten Umständen immerhin von einer nachwirkungsfreien Neuregelung ausgeht. Um die „überschießende Wirkung“ einer betrieblichen Zulagenregelung und die damit verbundene Zwangsaufrechterhaltung der ungekürzten Dotierungsmasse generell ausschließen zu können, müßte ein richtig beratener Arbeitgeber dieser Rechtsprechung zufolge die betreffende betriebliche Geldzulagenregelung ersatzlos kündigen und bewußt einen langen leistungslosen Zeitraum herbeiführen. Gleichfalls müßte er sich davor hüten, zum Kündigungszeitpunkt irgendwelche Weitergewährungsabsichten reduzierter übertariflicher Geldzulagen und/oder Änderungsabsichten des Verteilungsplanes den Arbeitnehmern oder dem Betriebsrat preiszugeben. Den von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmern wird ein solches, dem Arbeitgeber „aufgezwungenes“ Verhaltensmuster in finanzieller Hinsicht keinesfalls zugute kommen. Immerhin würden sie dadurch für einen nicht unerheblichen Zeitraum zukünftig die Zahlungsansprüche auf übertarifliche Geldzulagen gegen ihren Arbeitgeber gänzlich verlieren, obwohl dieser tatsächlich nur in Erwägung zieht, die Zulagengelder zu reduzieren. Bedenkt man in der arbeitsrechtlichen Praxis die wirtschaftliche Bedeutung der übertariflichen Geldzulagen, deren finanzielles Volumen sich in verschiedenen Betrieben auf bis zu 50 % des Tarifentgeltes beläuft, sind für die Arbeitnehmer damit erhebliche, vermeidbare und eigentlich nicht erforderliche Lohneinbußen vorprogrammiert. Diese, für die Arbeitnehmer negativen wirtschaftlichen Folgen könnten zwar vermieden werden, indem der Arbeitgeber für seine künftigen Verhaltensweisen auf den Weg verwiesen wird, die betreffende Betriebsvereinbarung jeweils für die Dauer eines Jahres befristet oder mit einer einmaligen

Zweck-

¹³²⁵ Vgl. BAG, AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung.

¹³²⁶ So BAG, AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. A. 2. der Gründe.

setzung abzuschließen;¹³²⁷ es ist jedoch zu bezweifeln, ob diese Modifikation jährlicher „Verhand-lungsrunden“ größere Praktikabilität erreichen kann, als eine Gesamtkündigung der Betriebsvereinbarung mit einer daran sich anschließenden nachwirkungsfreien Neugewährung der übertariflichen Leistungen (dazu unten).

Nicht nur wegen der oben aufgezeigten dogmatischen Begründungsschwächen ist die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts betreffend der Gesamtnachwirkung einschließlich der „überschießenden Wirkung“ der gekündigten betrieblichen Geldzulagenregelung abzulehnen. Die mit der „überschießenden Wirkung“ zusammenhängende Abkehr von der „Topftheorie“ beziehungsweise deren ungenügende Berücksichtigung im Urteil vom 26.10.1993 bergen daneben einige merkwürdige Konsequenzen und darüber hinaus auch lohnpolitische Gefahren in sich, die dieses Urteil nicht gerechtfertigt erscheinen lassen.

(ee) Merkwürdige Konsequenzen und lohnpolitische Gefahren der Entscheidung vom 26.10.1993

So ist es in der Tat, wie einige Autoren zu Recht feststellen,¹³²⁸ verwunderlich, daß das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung ablehnt, sofern der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigt, seine freiwilligen zusätzlichen Leistungen gänzlich zu streichen, dagegen im Urteil vom 26.10.1993 befürwortet, sofern der Arbeitgeber diese Leistungen nur teilweise streichen und die Verteilungsgrundsätze verändern will. Wenn der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, seine Leistungen nachwirkungsfrei gänzlich einzustellen, so muß es ihm folglich auch gestattet sein, diese in den stets geltenden Grenzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ohne jegliche Nachwirkung nur teilweise einzustellen. Es ist unverständlich, daß einerseits der Arbeitgeber, der seine freiwilligen Leistungen völlig streichen will, sich um den Betriebsrat nicht zu kümmern braucht, dagegen derjenige, der sie teilweise aufrecht erhalten will, wegen der Nichtbeteiligung des Betriebsrates beim Verteilungsplan durch die zwangsweise Aufrechterhaltung der ungekürzten Dotierungsmasse empfindlich bestraft wird. In seiner rechtlichen Konsequenz baut diese vom Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 26.10.1993 praktizierte Sanktion, aber auch die Entscheidung vom 17.1.1995 letztlich eine weder begründete noch erforderliche „Sperrung“ gegen freiwillige Arbeitgeberleistungen auf. Zudem wäre es unverständlich, einem Arbeitgeber über den nachwirkenden Verteilungsplan wei-

¹³²⁷ Siehe BAG, AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter B. 1. der Gründe.

¹³²⁸ Vgl. z.B. Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung; S. 224; MünchArbRBd. 3, Matthes, § 319 Rn. 56; Hanau, NZA 1985, Beil. Nr. 2, S. 3, 10; Loritz, RdA 1991, S. 65, 76.

terhin finanzielle Belastungen aufzubürden, obwohl er aufgrund wirtschaftlicher Engpässe mittels der Kündigung seine freiwilligen Leistungsverpflichtungen gerade einschränken will.

Merkwürdig mutet es auch an, daß das Bundesarbeitsgericht in der besagten Entscheidung im Falle der Nichteinigung zwischen den Betriebsparteien über einen neuen Verteilungsplan die Einigungsstelle bei der diesbezüglichen Entscheidung zwar einerseits an das vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte gekürzte Zulagenvolumen bindet, diesem aber andererseits bis zur Entscheidung die Weitergewährung der alten Dotierungsmasse aufbürdet. Wenn die Einigungsstelle bei ihrem Spruch ohnehin an den reduzierten Dotierungsrahmen gebunden ist, wäre es doch unter Berücksichtigung der Mitbestimmungsfreiheit des Dotierungsrahmens im untersuchten Fall nur logisch gewesen, daß der Arbeitgeber zum Beispiel seine Leistungen in unveränderter Höhe bis zum Einigungsstellenspruch nur unter dem Vorbehalt der Rückforderung zunächst hätte weiter gewähren müssen¹³²⁹ oder daß der Einigungsstellenspruch über den Verteilungsplan auf das gekürzte Zulagenvolumen zurückwirken müßte.¹³³⁰ Da der Urteilsspruch des Bundesarbeitsgerichts in seiner Form vom 26.10.1993, wie aufgezeigt, dogmatisch nicht hinreichend begründet werden kann, ist die Annahme der Gesamtnachwirkung und die damit verbundene „überschießende Wirkung“ als reine Sanktion für die arbeitgeberseitige Verletzung der betrieblichen Mitbestimmung bei der Aufstellung der Verteilungsgrundsätze zu werten. Weshalb sollte sonst ein Arbeitgeber an seinen freiwilligen zusätzlichen Leistungen festgehalten werden, obwohl seine ohne Zustimmung des Betriebsrates vorgenommene Verteilung der Geldzulagen später von diesem oder von der Einigungsstelle doch gebilligt wird ?

(b) Kritik an der Rechtslehre

(aa) Unmöglichkeit der Teilkündigung einer übertarifliche Geldzulagen regelnden Betriebsvereinbarung

Im Zusammenhang mit der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 26.10.1993 kann der überwiegenden Rechtslehre neben der Beurteilung der Nachwirkungslage anhand der Kündigungsabsichten des Arbeitgebers gleichfalls nicht gefolgt werden, wenn sie die Kündigung des Arbeitgebers nach § 77 Abs. 5 BetrVG, mit der dieser beabsichtigt, das übertarifliche Geldzulagenvolumen zu reduzieren und gleichzeitig dessen Verteilungsgrundsätze eigenmächtig zu ändern, als Teilkündigung qualifiziert. Zwar gebraucht die

¹³²⁹ So Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 100.

¹³³⁰ So sinngem. Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 227 f.; Hanau, RdA 1989, S. 207, 209.

Mehrheit im Schrifttum nicht ausdrücklich den Begriff „Teilkündigung“,¹³³¹ jedoch kann die von der Rechtslehre überwiegend vertretene beschränkte Nachwirkung der gekündigten betrieblichen Geldzulagenregelung nicht anders erklärt werden. Die betreffenden Autoren sprechen immer nur von den Kürzungs- und Änderungsabsichten, die der Arbeitgeber mit seiner Kündigung verfolgt, vermögen jedoch nicht zu erklären, wie er die Geldzulagen tatsächlich kürzt und den dazugehörigen Verteilungsplan ändert. Von einer „Gesamtkündigung“ der betrieblichen Geldzulagenregelung, die auf eine gänzliche Streichung der Zulagengelder gerichtet ist und der sich nach Ablauf der „alten“ Betriebsvereinbarung eine Neugewährung solcher Gelder anschließt, geht keiner dieser Autoren aus, da sie sonst die Gesamtnachwirkung, auch die in „restriktivem Sinne“, abgelehnt hätten beziehungsweise hätten ablehnen müssen.¹³³² Ebenso scheidet hierfür in dem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall eine mögliche (zulässige) Änderungskündigung der Betriebsvereinbarung¹³³³ seitens des Arbeitgebers aus, da dessen „Änderungsangebot“, wenn man davon überhaupt bei Verhandlungen mit dem Betriebsrat sprechen kann, von diesem nicht angenommen wurde und darüber hinaus nicht gleichzeitig mit seiner Kündigungserklärung am 5.6.1991 erfolgt ist, sondern erst zu einem nachfolgenden Zeitpunkt. Vorliegend vermögen die Vertreter der „restriktiven Nachwirkung“ also nicht anders als mit der Teilkündigung plausibel darzulegen, wie der Arbeitgeber nach seiner Kündigung reduzierte Geldzulagen verteilen kann.

Die Teilkündigung einer Betriebsvereinbarung ist jedoch nach herrschender Ansicht nur zulässig, wenn dies zwischen den Betriebsparteien besonders vereinbart ist oder sie nur einen von dem übrigen Inhalt der Betriebsvereinbarung sachlich unabhängigen und selbständigen Teilkomplex betrifft.¹³³⁴ Im hier untersuchten, vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall, wurde zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat keine besondere Vereinbarung hinsichtlich einer einseitigen arbeitgeberseitigen Änderungsmöglichkeit des Zulagenvolumens und des dazugehörigen Verteilungsschlüssels getroffen.

¹³³¹ Für die Teilkündigung spricht sich ausdrücklich nur Klein (Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 224) aus.

¹³³² Vgl. hierzu in Teil 3: C. IV. 2. b) bb) (2) die Ansichten dieser Autoren zur Nachwirkungslage einer in der Absicht gekündigten Betriebsvereinbarung, die übertariflichen Geldzulagen gänzlich zu streichen.

¹³³³ Zur Zulässigkeit der Änderungskündigung einer Betriebsvereinbarung siehe Teil 3: C. IV. 1. c) aa) (4) (c).

¹³³⁴ Vgl. BAG, AP Nr. 24 zu § 59 BetrVG 1952 LS 3 und unter II. 2. b) der Gründe; AP Nr. 1 zu § 16 AOGö; AP Nr. 1 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 55; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 136; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 77; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 313; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 215; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 190; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 41; einschränkend: Schaub, ArbR, S. 1880; ders., BB 1995, S. 1639, 1640.

Unter dem Gesichtspunkt „besondere Vereinbarung zwischen den Betriebsparteien“ scheidet eine solche Teilkündigung der betrieblichen Geldzulagenregelung also aus. Ebenso scheidet sie aus, da sie keinen vom übrigen Inhalt der Geldzulagenregelung sachlich unabhängigen und selbständigen Teilkomplex betrifft. Bei der Geldzulagengewährung durch Betriebsvereinbarung sind im Prinzip weder das Volumen der Zulagengelder noch deren Verteilung unabhängig voneinander jeweils eigenständig denkbar. Dotierung und Verteilung könnten zwar formal gegebenenfalls auch in separaten Betriebsvereinbarungen geregelt werden, so wie dies das Bundesarbeitsgericht in seinem Beschluß vom 21.8.1990 annimmt,¹³³⁵ würden sich aber wechselseitig inhaltlich bedingen. Einerseits gäbe es ohne Dotierung nichts zu verteilen, andererseits könnte ohne Verteilungsplan bei der Bestimmung der einzelnen Zulagenempfänger zwischen diesen nicht differenziert werden. Zudem werden in der arbeitsrechtlichen Praxis in einer übertarifliche Geldzulagen regelnden Betriebsvereinbarung in der Regel kein expliziter Dotierungsrahmen und Verteilungsplan existieren, sondern vielmehr nur geregelt werden, welcher Arbeitnehmer in absoluten Geldbeträgen wieviel erhält. Eine Teilkündigung des Zulagenvolumens und/oder des Verteilungsplanes ist damit praktisch technisch fast undenkbar. Insoweit ist der Ansicht von *Klein*, der sich im hier relevanten Fall der Reduzierung des Zulagenvolumens wegen der Freiwilligkeit der Arbeitgeberleistung ausdrücklich für die Teilkündigung ausspricht,¹³³⁶ nicht zu folgen. Mag es auch seiner Ansicht nach eine zu statische Betrachtungsweise sein, in der Kündigung immer eine Beendigung der Gesamtvereinbarung zu sehen, der dann - bei Umstrukturierungsabsicht des Kündigenden - der Neuabschluß einer geänderten Betriebsvereinbarung folge,¹³³⁷ trotzdem ist diese Rechtsfolge die hier einzig richtige, da die Voraussetzungen einer arbeitgeberseitigen Teilkündigung nicht gegeben sind. Zudem ging es dem Arbeitgeber im betreffenden Fall bei seiner Kündigung nicht darum, einzelne Bestimmungen der Zulagenregelung zu beseitigen, sondern wegen seiner wirtschaftlich schwieriger gewordenen Unternehmenssituation den gesamten Komplex der betrieblichen Zulagengewährung den sich geänderten wirtschaftlichen Bedingungen anzupassen. Anstelle einer Teilkündigung hätte das angesprochene Schrifttum bei der hier relevanten Kündigungskonstellation also eher eine Änderungskündigung überdenken sollen, obwohl deren Voraussetzungen, wie oben festgestellt, hier nicht vorliegen.

¹³³⁵ So BAG, AP Nr. 5 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter B. II. 3. der Gründe.

¹³³⁶ Siehe Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 224 f.

¹³³⁷ So Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 224 f.; diese „statische“ Betrachtungsweise vertritt Leinemann, BB 1989, S. 1905, 1908.

(bb) Kritik an der Umsetzung der beschränkten Nachwirkung

Denjenigen Vertretern der Rechtslehre, die den Urteilsspruch des Bundesarbeitsgerichts vom 26.10.1993 und damit die „überschießende Wirkung“ der gekündigten betrieblichen Geldzulagenregelung ohne nähere Begründung befürworten,¹³³⁸ ist die an dieser Rechtsprechung oben aufgezeigte Kritik entgegenzuhalten. Aber auch die Ansicht des überwiegenden Teils der Rechtslehre, der zwar grundsätzlich die vom Bundesarbeitsgericht propagierte „überschießende Wirkung“ anerkennt, deren finanzielle Reichweite jedoch durch eine Restriktion der Nachwirkung einschränken will, ist nur teilweise, und dann auch nur aus ergebnisorientierter Sicht zustimmungsfähig.

Zu Recht erkennen diese Vertreter, daß die mit der „überschießenden Wirkung“ verbundene zwangsweise Aufrechterhaltung des arbeitgeberseitigen Leistungsvolumens mit der Mitbestimmungsfreiheit des Dotierungsrahmens kollidiert und damit einen Verstoß gegen die herrschende „Topftheorie“ darstellt. Zu begrüßen ist auch, daß sie dementsprechend die Nachwirkung der betrieblichen Geldzulagenregelung auf den gekürzten Dotierungsrahmen beschränken wollen. Sie machen aber ebenso wie das Bundesarbeitsgericht den folgenschweren Fehler, diese Nachwirkungslage von den Kündigungsabsichten des Arbeitgebers abhängig zu machen und darüber hinaus dessen Kündigung selbst als Teilkündigung zu qualifizieren, die bei der betrieblichen Geldzulagenregelung in Form einer Betriebsvereinbarung, wie festgestellt, jedoch unzulässig ist.

Darüber hinaus offenbaren die in der Rechtslehre vorgeschlagenen Lösungen zur Umsetzung der beschränkten Nachwirkung auch Schwächen. So kann die von *Hanau* und *Klein* befürwortete vorläufige arbeitgeberseitige Weitergewährungspflicht der „alten“ Dotierungsmasse bis zur Rückwirkung der Neuregelung über den Verteilungsplan auf den Beendigungspunkt der Betriebsvereinbarung nicht befriedigen. Dies trifft auch auf den Vorschlag *Koenigs* zu, der sich ebenfalls für die vorläufige Aufrechterhaltung der ungekürzten Dotierungsmasse ausspricht, diese Weitergewährung jedoch unter den Vorbehalt der Rückforderung nach einer Einigung mit dem Betriebsrat über die neuen Verteilungsgrundsätze hinsichtlich des gekürzten Dotierungsrahmens stellt. Beide Lösungsmodelle helfen dem Arbeitgeber wenig, wenn eine Reduzierung des Dotierungsrahmens dringend nötig ist, weil er in akuten wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckt und ihn die Weitergewährung nach dem alten Verteilungsplan mit ungekürztem Geldvolumen bis zur Einigung mit dem Betriebsrat oder sogar für die Dauer eines Einigungsstellenverfahrens unzumutbar belasten könnte. Möglicherweise könnte er sich in diesem Fall zwar auf die Grundsätze vom Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen,¹³³⁹ de-

¹³³⁸ Vgl. Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 59; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 235 b); Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 158.

¹³³⁹ Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage siehe Teil 3: A. VII.

ren Anwendbarkeit müßte aber, falls die aus der betrieblichen Geldzulagenregelung ursprünglich anspruchsberechtigten Arbeitnehmer die Weiterzahlung der Geldzulagen im Klagewege erzwingen wollen, wiederum in einem eventuell langwierigen Gerichtsverfahren überprüft werden. Neben der ungewollten vorläufigen Aufrechterhaltungspflicht der bisherigen Dotierung, käme für den Arbeitgeber obendrein das Risiko der Insolvenz der Arbeitnehmer bei der Rückforderung von zuviel gezahlten Geldbeträgen hinzu. Diese finanziellen Unwägbarkeiten schließt zwar das Lösungsmodell von *Kreutz, Matthes, Schulz* und *Thüsing* aus, welches die beschränkte Nachwirkung durch eine unter Beibehaltung des Verteilungsschlüssels proportionale, sofortige Kürzung des Leistungsvolumens realisieren soll. Die Möglichkeit einer solchen Kürzung kann aber, worauf wiederum *Koenig* zu Recht hinweist, gerade im Bereich übertariflicher Geldzulagen zu Verteilungsgungerechtigkeiten innerhalb der anspruchsberechtigten Belegschaft führen.¹³⁴⁰ Zudem stellt die „Kürzungslösung“ dieser Autoren nichts anderes als eine unzulässige Teilkündigung der betrieblichen Geldzulagenregelung dar.

Da die in der Rechtslehre überwiegend vertretene beschränkte Nachwirkung der hier untersuchten gekündigten betrieblichen Geldzulagenregelung weder dogmatisch hinreichend begründet noch für den Arbeitgeber aus wirtschaftlicher Sicht befriedigend umgesetzt werden kann, ist sie abzulehnen.

Zusammenfassend läßt sich also festhalten, daß, falls der Arbeitgeber mit seiner Kündigung der betrieblichen Geldzulagenregelung nach § 77 Abs. 5 BetrVG beabsichtigt, diese Gelder zu kürzen und gleichzeitig deren Verteilungsplan zu ändern,¹³⁴¹ nach dem Ablauf dieser Betriebsvereinbarung weder eine Gesamtnachwirkung einschließlich „überschießender Wirkung“ noch eine lediglich beschränkte Nachwirkung von ihr anzunehmen ist. Insofern ist also nur der Ansicht von *Loritz* und *Leinemann* zu folgen, welche beide generell jegliche Nachwirkung teilmitbestimmter Betriebsvereinbarungen ablehnen. Dabei kann zumindest *Loritz* nur aus ergebnisorientierter Sicht gefolgt werden, da er seine Ansicht nämlich dogmatisch nicht fundiert zu erklären vermag, sondern sich, wie wiederum *Koenig* treffend einwendet, bei der Diskussion der Nachwirkungslage „vielmehr auf der bloßen Ebene der Ja/Nein-Auseinandersetzung“ bewegt.¹³⁴²

¹³⁴⁰ Vgl. *Koenig*, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 98 f.

¹³⁴¹ So der Sachverhalt, mit dem sich der 1. Senat bei seiner Entscheidung am 26.10.1993 zu beschäftigen hatte, vgl. BAG, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung.

¹³⁴² Vgl. *Koenig*, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 91.

(c) Eigener Lösungsansatz: Berücksichtigung der Gestaltungswirkung der Kündigung und Beurteilung der Nachwirkungslage unabhängig von den Kündigungsabsichten des Arbeitgebers

Den richtigen Ansatzpunkt für einen dogmatisch hinreichend begründeten Ausschluß jeglicher Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung über freiwillige übertarifliche Leistungen, also auch einer solchen, die mit den hier besagten Absichten gekündigt wurde, liefert die Argumentation *Leinemanns*. Die von ihm im Zusammenhang mit der Nachwirkungslage von teilmittelbestimmten Betriebsvereinbarungen an *Hanau* geübte Kritik, daß dieser nicht genügend zwischen der Gestaltungswirkung der Kündigung und der Ablöseproblematik trenne und es für die Nachwirkungslage nicht auf die Kündigungsabsichten des Arbeitgebers ankomme,¹³⁴³ muß auch dem Bundesarbeitsgericht und dem übrigen Schrifttum entgegengehalten werden. Meines Erachtens entfaltet eine betriebliche Geldzulagenregelung, die in der Absicht gekündigt wurde, die übertariflichen Geldzulagen zu reduzieren und gleichzeitig deren Verteilungsplan zu ändern, nach ihrem Ablauf ebenso keine Nachwirkung mehr, als wenn mit der Kündigung die gänzliche Streichung dieser Zulagen bezweckt wird. Wie bereits erörtert, ist die Nachwirkungslage einer vom Arbeitgeber nach § 77 Abs. 5 BetrVG gekündigten teilmittelbestimmten Betriebsvereinbarung unabhängig von den Kündigungsabsichten zu beurteilen, da § 77 Abs. 6 BetrVG nur an objektive Kriterien, insbesondere den Inhalt der abgelaufenen Betriebsvereinbarung anknüpft. Die Rechtsfolgen einer arbeitgeberseitigen Kündigung treten unabhängig von den mit der Kündigung verfolgten Zwecken ein.¹³⁴⁴ Darüber hinaus kann, wie aufgezeigt, die Abhängigkeit der Nachwirkungslage von den arbeitgeberseitigen Kündigungsabsichten zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen.

So ist beispielsweise der Umstand, daß der Arbeitgeber im hier untersuchten Fall bereits zum Kündigungszeitpunkt (5.6.1991) die Kürzung der übertariflichen Geldzulagen beabsichtigte und die Neuregelung dieser reduzierten Gelder für das Jahr 1991 ohne Beteiligung des Betriebsrates mit Bekanntgabe am 26.9.1991 vorgenommen hatte, technisch nicht als ein einheitlicher, die Gesamtnachwirkung auslösender Vorgang zu bewerten, sondern in zwei rechtlich selbständige Vorgänge aufzuspalten. Hat der Arbeitgeber die übertarifliche Geldzulagen regelnde Betriebsvereinbarung gekündigt, so ist sie nach Ablauf der dreimonatigen Kündigungsfrist beendet. Demzufolge fällt sie als Anspruchsgrundlage für die übertariflichen Zulagengelder gänzlich weg, selbst dann, wenn der Arbeitgeber diese Gelder nur teilweise streichen will. Der überwiegende Teil der Rechtslehre geht fälschlicherweise von einer (hier unzulässigen) Teilkündigung aus. Eine solche Teilkündigung läßt sich im übrigen dem Urteil vom 26.10.1993 zugrunde liegenden Sachverhalt nicht

¹³⁴³ Siehe Leinemann, in: Hromadka, Änderung, S. 145, 156; ders., BB 1990, S. 1905, 1908.

¹³⁴⁴ Insoweit ist also nur Leinemann (Leinemann, in: Hromadka, Änderung, S. 145, 156; ders., BB 1989, S. 1905, 1908) zu folgen.

entnehmen. Der Arbeitgeber hatte hier die betriebliche Geldzulagenregelung am 5.6.1991 nicht teilweise, sondern gänzlich zum 30.9.1991 gekündigt, um danach von ihm der Höhe nach neu festgesetzte Zulagen nach neuen Verteilungskriterien gewähren zu können. Damit wurde das ursprüngliche Geldzulagenvolumen zunächst auf Null reduziert. Da demzufolge zunächst keine Gelder mehr vorhanden waren, die hätten verteilt werden können, entfiel dementsprechend damit auch das eventuell die Gesamtnachwirkung auslösende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates. Daß der Arbeitgeber von vornherein die übertariflichen Zahlungen teilweise aufrechterhalten wollte, ändert daran nichts. Bei der arbeitgeberseitigen Neuregelung dieser Zahlungen handelte es sich technisch um keine Regelung eines „verbliebenen“ Zulagenvolumens, sondern um die zur Verfügungstellung einer neu definierten Dotierungsmasse, also um eine Neugewährung. Hierdurch entstand die gleiche Situation wie bei der erstmaligen Gewährung übertariflicher Geldzulagen: Im Sinne der „Topftheorie“ kann der Arbeitgeber zwar das Zulagenvolumen mitbestimmungsfrei festlegen, der Betriebsrat hat aber bei den Verteilungsgrundsätzen dieser Gelder gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht.

Neben ihrer dogmatischen Klarheit trägt diese Lösung zukünftig dazu bei, die aus dem Urteil vom 26.10.1993 resultierenden Rechtsunsicherheiten und unerwünschten Rechtsfolgen auf der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite zu vermeiden. Der Arbeitgeber braucht nicht zunächst die betreffende Betriebsvereinbarung ersatzlos zu kündigen und bewußt einen langen, leistungslosen Zeitraum herbeiführen, nur um die „überschießende Wirkung“ und die damit zusammenhängenden möglichen, erheblichen finanziellen Mehrbelastungen auszuschließen. Für die von der Kündigung und der Neugewährung betroffenen Arbeitnehmer hat die mangelnde Nachwirkung den Vorteil, daß sich der Betriebsrat in ihrem Interesse wohl zügig mit dem Arbeitgeber über die Verteilungsgrundsätze von dessen zur Verfügung gestelltem „Geldtopf“ einigen würde, um zu verhindern, daß sie nach Ablauf der Kündigungsfrist keinerlei übertarifliche Geldleistungen mehr erhalten. Damit stünden die Arbeitnehmer in finanzieller Hinsicht sicherlich besser da, als wenn der Arbeitgeber die betriebliche Geldzulagenregelung zunächst ersatzlos streichen würde, um aus besagten Gründen deren Gesamtnachwirkung auszuschließen.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Wahrung betriebsverfassungsrechtlicher Mitbestimmungsrechte, die der 1. Senat zwar nicht in seinem Urteil vom 26.10.1993, jedoch im nachfolgenden Beschluß vom 17.1.1995 als Sinn der Nachwirkung teilmitbestimmter Betriebsvereinbarungen bezeichnet,¹³⁴⁵ kann die hier vorgestellte Lösung ein befriedigendes rechtliches Ergebnis bieten. Die Annahme einer nachwirkungsfreien Neugewährung verhindert nicht die betriebliche Mitbestimmung, sie verlagert diese vielmehr nur auf die Neuge-

¹³⁴⁵ Siehe BAG, AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung unter II. A. 2. der Gründe.

währung. Da hierbei die gleiche Situation wie bei einer erstmaligen Gewährung besteht und jene mitbestimmungsrechtlich allgemein hingenommen wird, muß dies auch „später“ der Fall sein.

Nach der Kündigung und dem Ablauf der „alten“ teilmittelbestimmten Betriebsvereinbarung über übertarifliche Geldzulagen ergeben sich für den Arbeitgeber unabhängig von seinen Kündigungsabsichten bei seiner anschließenden Neugewährung der übertariflichen Geldzulagen nach dem hier vorgestellten Lösungsmodell folgende Varianten:

- Falls für den Arbeitgeber alles „planmäßig verläuft“ und er sich mit dem Betriebsrat zügig über den Verteilungsplan seines von ihm neu zur Verfügung gestellten „Geldtopfes“ einigen kann, erhalten nach Ablauf der „alten“ Betriebsvereinbarung die aus der neuen betrieblichen Geldzulagenregelung anspruchsberechtigten Arbeitnehmer übertarifliche Gelder.
- Solange der Arbeitgeber jedoch noch keine Einigung mit dem Betriebsrat über die Verteilungsgrundsätze der Geldzulagen erzielt hat, braucht er überhaupt keine zusätzlichen Gelder an seine Belegschaft zu erbringen. Finanziell stehen die betroffenen Arbeitnehmer dadurch nicht schlechter da, als wenn man eine „überschießende Wirkung“ der alten betrieblichen Geldzulagenregelung annehmen würde. Immerhin kann der Arbeitgeber ja diese alte Betriebsvereinbarung ersatzlos und nachwirkungsfrei kündigen.
- Bis zur Einigung mit dem Betriebsrat oder den diese Einigung ersetzenden Spruch der Einigungsstelle kann der Arbeitgeber unter dem Vorbehalt der später noch abzuschließenden Betriebsvereinbarung jedoch auch die neu von ihm zur Verfügung gestellten Gelder nach seinen Vorstellungen verteilen. Aufgrund des späteren Leistungsplanes kann der Arbeitgeber die sich daraus ergebenden Zulagenansprüche der Arbeitnehmer mit den von ihm erbrachten Geldleistungen verrechnen oder möglicherweise zuviel gezahlte Gelder zurückfordern.
- Nimmt der Arbeitgeber die Neugewährung der übertariflichen Geldzulagen, wie im vom Bundesarbeitsgericht am 26.10.1993 entschiedenen Fall, unter Mißachtung des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates vor, sind seine einseitig aufgestellten Verteilungsgrundsätze wegen Verstoßes gegen die betriebliche Mitbestimmung gemäß der „Wirksamkeitstheorie“ unwirksam.¹³⁴⁶ Der Betriebsrat hat in diesem Fall die Möglichkeit, die Einigungsstelle gemäß § 76 Abs. 5 BetrVG anzurufen und eine Änderung der tatsächlich vom Arbeitgeber vorgenommenen Verteilung zu verlangen. Soweit der Arbeitgeber nach seinen eigenmächtig aufgestellten Dotierungsregeln bereits übertarifliche Geldzulagen an seine Belegschaft ausgeschüttet hat, ist es sein Risiko, eventuell zuviel gezahlte Gelder von den betreffenden Arbeitnehmern zurückzufordern. Stehen ihm bei einer solchen Rückforderung rechtliche oder tatsächliche Möglichkeiten im Wege, kann dies letztendlich auch zu einer

¹³⁴⁶ Zur „Wirksamkeitstheorie“ siehe Teil 3: C. IV. 2. b) bb) (3) (a) (bb).

Überschreitung des von ihm vorgestellten Dotierungsrahmens führen,¹³⁴⁷ was aber durch den Verstoß des Arbeitgebers gegen das Betriebsverfassungsrecht durchaus gerechtfertigt ist.

3. Betriebliche Vereinbarung einer Nachwirkung

Ferner ist zu untersuchen, ob Arbeitgeber und Betriebsrat die Nachwirkung der teilmittelbestimmten übertarifliche Geldzulagen regelnden Betriebsvereinbarung im Sinne des § 77 Abs. 6 BetrVG im vorhinein betrieblich vereinbaren können.

Folgt man hinsichtlich der Nachwirkungslage teilmittelbestimmter betrieblicher Geldzulagenregelungen der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts und der Ansicht der überwiegenden Rechtslehre, stellt sich diese Frage nicht, da die Judikatur und die betreffenden Autoren im Schrifttum diesbezüglich eine Gesamtnachwirkung oder jedenfalls eine beschränkte Nachwirkung befürworten. In beiden Varianten der Nachwirkung könnte sich allenfalls die Frage nach einem Ausschluß dieser auf der Grundlage einer privatautonomen Vereinbarung zwischen den Betriebsparteien stellen. Da nach der hier vertretenen Auffassung die betriebliche Geldzulagenregelung im Fall ihrer Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG jedoch gar keine Nachwirkung im Sinne des § 77 Abs. 6 BetrVG entfaltet, ganz gleich, mit welchen Absichten sie gekündigt wurde, ist eine Erörterung dieser Frage unumgänglich.

Die Arbeitsgerichtsbarkeit hat zur Zulässigkeitsfrage einer betrieblichen Vereinbarung der Nachwirkung bezüglich teilmittelbestimmter Betriebsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat wegen fehlenden Entscheidungsbedarfes bislang keine rechtliche Stellung beziehen müssen. Gegenstand der bisherigen Rechtsprechung bezüglich der Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung waren ausnahmslos freiwillige Betriebsvereinbarungen. Auch in der Rechtslehre ist diese Problematik kaum, und wenn ja, dann nur am Rande diskutiert worden.¹³⁴⁸

Zumindest hinsichtlich freiwilliger Betriebsvereinbarungen wird die Zulässigkeit von Nachwirkungsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat von der Arbeitsgerichtsbarkeit und der überwiegenden Rechtslehre bejaht, obgleich dies innerhalb letzterer umstritten ist.¹³⁴⁹ Begründet wird die

¹³⁴⁷ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 69 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. I. der Gründe.

¹³⁴⁸ Vgl. z.B. Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 108 ff.

¹³⁴⁹ Für die Zulässigkeit z.B. BAG, BB 1998, S. 2315, 2317; LAG Düsseldorf, LAGE Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972; LAGE Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung; Hessisches LAG, LAGE Nrn. 17 und 18 zu § 77 BetrVG 1972; LAGE Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung; LAG Sachsen-Anhalt, LAGE Nr. 3 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 59; Etzel, BetrVerfR, § 77 Rn. 1102; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 160; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 234; Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 39; Hempelmann, Die freiwillige Betriebsvereinbarung, S. 230; Rech, Die Nachwirkung freiwilliger Betriebs-

Zulässigkeit einerseits mit dem Argument, daß, wenn es den Betriebspartnern schon gestattet sei, freiwillige Betriebsvereinbarungen mit zwingender normativer Wirkung zu schaffen, ihnen auch grundsätzlich die Befugnis einzuräumen sei, diesen Normen Nachwirkung beizulegen.¹³⁵⁰ Andererseits wird hierfür angeführt, daß die Betriebsparteien die Kündbarkeit der Betriebsvereinbarung im Sinne des § 77 Abs. 5 BetrVG ausschließen können. Es wäre dann widersinnig, deren Fortgeltung nicht vereinbaren zu können.¹³⁵¹

Diejenigen Stimmen in der Rechtslehre, welche die Zulässigkeit einer betrieblichen Nachwirkungsvereinbarung ausschließen, begründen ihre Auffassung hauptsächlich mit dem Argument, die vereinbarte Nachwirkung freiwilliger Betriebsvereinbarungen sei praktisch nicht mehr zu beenden, wenn sich ein Betriebspartner jeder Ablösung widersetze.¹³⁵²

Auf der Grundlage letzterer Argumentation ist generell die Zulässigkeit einer betrieblichen Nachwirkungsvereinbarung bei teilmitbestimmten Betriebsvereinbarungen (explizit übertarifliche Geldzulagen regelnden) zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat abzulehnen. Andernfalls könnten nämlich sonst den Arbeitgeber gerade die finanziell mißlichen Rechtsfolgen treffen, die durch den Ausschluß der Nachwirkung vermieden werden können und sollen.¹³⁵³ So besteht, wie ausführlich aufgezeigt wurde, für den Arbeitgeber das große wirtschaftliche Risiko¹³⁵⁴ - hält man eine betriebliche Nachwirkungsvereinbarung für zulässig, und schließen die Betriebsparteien eine solche ab (der Arbeitgeber unbedacht ob der möglichen Rechtsfolgen hieraus) -, daß er trotz der Kündigung der übertarifliche Geldzulagen regelnden Betriebsvereinba-

vereinbarungen, S. 145 ff.; Hanau, NZA 1985, Beil. Nr. 2, S. 3, 11; Heither, DB 1991, S. 700, 705; Leinemann, BB 1989, S. 1905, 1908; Loritz, DB 1997, S. 2074, 2075 ff.; Schaub, BB 1995, S. 1639, 1641; gegen die Zulässigkeit: v. Hoyningen-Huene, BetrVerfR, S. 234; ders., BB 1997, S. 1998, 2000 ff.; Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung; S. 233; Schöne/Klaes, BB 1997, S. 2374 ff.; Söllner (Söllner, RdA 1989, S. 144, 150) hält eine solche Vereinbarung für „nicht unbedenklich“; einschränkend Kreutz (GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 340), der aber eine befristete Nachwirkung zuläßt.

¹³⁵⁰ So z.B. BAG, BB 1998, S. 2315, 2317.

¹³⁵¹ So z.B. Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen, S. 109; a.A. Kreutz (GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 340), der diesen Umkehrschluß ausdrücklich ablehnt.

¹³⁵² Siehe v. Hoyningen-Huene, BetrVerfR, S. 234; ders., BB 1997, S. 1998, 2000 ff.; Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung; S. 233; Schöne/Klaes, BB 1997, S. 2374; einschränkend Kreutz (GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 340), der aber eine befristete Nachwirkung zuläßt.

¹³⁵³ Hierzu ausführlich in Teil 3: C. IV. 2. b) bb) (3).

¹³⁵⁴ Folgt man dem BAG.

rung, so lange mit Zahlungsansprüchen der hieraus ursprünglich anspruchsberechtigten Arbeitnehmer konfrontiert wird, wie er nicht mit dem Betriebsrat eine „andere“ Zulagenregelung getroffen hat.¹³⁵⁵ Daß ein taktisch geschickter und versierter Betriebsrat diese Rechtslage zugunsten der Belegschaft ausreizen könnte, im äußersten Fall sogar bis zum finanziellen Ruin des Arbeitgebers, wurde eingehend geschildert.¹³⁵⁶ Eine solche, durch privatautonome Nachwirkungsvereinbarung zustande gekommene zeitliche und wirtschaftliche „Aneinanderkettung“ von Arbeitgeber und Betriebsrat ist vielleicht schon als sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB zu betrachten.¹³⁵⁷ Jedenfalls wäre die Zulässigkeit einer Nachwirkungsklausel systemwidrig und würde den Sinn und Zweck des § 77 Abs. 6 BetrVG geradezu in sein Gegenteil verkehren. Der Gesetzgeber hat in dieser gesetzlichen Vorschrift zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht, daß eine Einigungsstelle außer in den dort genannten Fällen den Betriebsparteien nicht oktroyiert werden darf. Nicht umsonst tritt diese im Regelfall des § 77 Abs. 6 BetrVG nur zusammen, wenn beide Betriebsparteien dies ausdrücklich beantragt haben.¹³⁵⁸

Im Ergebnis ist aus besagten Gründen die betriebliche Vereinbarung einer Nachwirkungsklausel zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bezüglich teilmitbestimmter Betriebsvereinbarungen generell (also auch einer übertarifliche Geldzulagen regelnden) als unzulässig abzulehnen. Wird eine solche dennoch zwischen den Betriebsparteien vereinbart, ist diese gemäß §§ 134, 138 Abs. 1 BGB nichtig, wobei die Betriebsvereinbarung im übrigen von der Nichtigkeit der Klausel nicht berührt wird. Dabei kann es dahinstehen, ob dieses Ergebnis über § 139 BGB oder damit begründet wird, daß Betriebsvereinbarungen ähnlich Tarifverträgen aufgrund ihres normativen Charakters wie Gesetze auszulegen sind und daher für eine Gesamtnichtigkeit über § 139 BGB ohnehin kein Raum ist.¹³⁵⁹

4. Folgerungen

Unabhängig von der hier im Mittelpunkt der Untersuchung stehenden arbeitgeberseitigen Kündigung der Betriebsvereinbarung über eine Weihnachtsgratifikation, mit deren Nachwirkung sich das Bundesarbeitsgericht in seinem richtungsweisenden Urteil vom 26.10.1993 zu beschäftigen hatte, gilt generell für die arbeitgeberseitige Kündigung einer betrieblichen Geldzula-

¹³⁵⁵ Vgl. dazu Teil 1 und 3: C. IV. 2. b) bb) (1).

¹³⁵⁶ Siehe hierzu Teil 1 und 3: C. IV. 2. b) bb) (1).

¹³⁵⁷ Vgl. sinngem. auch Flume, BGB-AT-Bd. II, S. 370 f.

¹³⁵⁸ Der zweite Fall, wonach eine Partei den Antrag stellt und die andere zustimmt, ist nicht anders zu beurteilen.

¹³⁵⁹ Zur Auslegung von Betriebsvereinbarungen siehe Teil 3: C. VI. 3. a).

genregelung nach § 77 Abs. 5 BetrVG und für deren Nachwirkung nach § 77 Abs. 6 BetrVG folgendes:

- Der Arbeitgeber kann die betriebliche Geldzulagenregelung gemäß § 77 Abs. 5 BetrVG ohne Angabe von Gründen unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist von drei Monaten kündigen. Dabei unterliegt die freie Kündbarkeit dieser Betriebsvereinbarung der Disposition der Betriebsparteien. Arbeitgeber und Betriebsrat können danach in der betreffenden Betriebsvereinbarung sowohl die Kündigungsfrist, abweichend von § 77 Abs. 5 BetrVG länger oder kürzer als für die Dauer von drei Monaten vereinbaren als auch die freie Kündigung insgesamt ausschließen. Ebenso können die Betriebsparteien die ordentliche Kündigung an besondere Gründe binden.
- Eine nach § 77 Abs. 5 BetrVG gekündigte betriebliche Geldzulagenregelung entfaltet nach ihrem Ablauf keine Nachwirkung im Sinne des § 77 Abs. 6 BetrVG, ganz gleich, welche Zwecke der Arbeitgeber mit seiner Kündigung verfolgt. Eine im vorhinein zwischen den Betriebsparteien vereinbarte Nachwirkungsklausel ist unzulässig und gemäß §§ 134, 138 Abs. 1 BGB nichtig.
- Eine Teilkündigung der betrieblichen Geldzulagenregelung zur Reduzierung der Zulagengelder und/oder der Änderung deren Verteilungsgrundsätze ist dem Arbeitgeber nicht möglich; er kann die Zulagenregelung nur vollständig durch Kündigung beseitigen und im Anschluß daran eine nachwirkungsfreie Neugewährung der Geldzulagen vornehmen.
- Möglich ist dagegen eine Änderungskündigung, die aber zur vollständigen Beseitigung der Betriebsvereinbarung führt, sofern sich der Betriebsrat nicht auf die Änderungsvorschläge des Arbeitgebers einläßt.

V. Gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer arbeitgeberseitigen außerordentlichen Kündigung der Betriebsvereinbarung

Es bedarf einer Untersuchung, ob der Arbeitgeber möglicherweise aufgrund einer außerordentlichen Kündigung der übertarifliche Geldzulagen regelnden Betriebsvereinbarung berechtigt ist, die Zahlungen dieser Zulagen an die anspruchsberechtigten Arbeitnehmer gänzlich einzustellen.

1. Vorbemerkung

Die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung einer Betriebsvereinbarung ist im Betriebsverfassungsgesetz nicht geregelt. Nach allgemeiner Ansicht wird sie von § 77 Abs. 5 BetrVG oder von anderweitigen Kündigungsregelungen in der betreffenden Betriebsvereinbarung nicht ausgeschlossen,

sondern ist unabdingbar zulässig.¹³⁶⁰ Auch für die Betriebsvereinbarung gilt der gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsgrundsatz, daß jedes Dauerrechtsverhältnis bei Unzumutbarkeit seiner Fortsetzung bis zum vereinbarten Ende (bei Befristung) oder (auch nur) bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder auf „ewig“ (bei Ausschluß der ordentlichen Kündigung bei einer Dauerregelung) durch außerordentliche Kündigung beendet werden kann.¹³⁶¹ In § 120 Abs. 2 InsolvenzO hat der Gesetzgeber das Recht, eine Betriebsvereinbarung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, zu kündigen, ausdrücklich anerkannt.

2. Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung

a) Form und Zugang der Kündigung

Ebenso wie die ordentliche Kündigung der Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 5 BetrVG, bedarf auch die außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers keiner Schriftform (§ 126 BGB), wobei diese aus Beweisgründen jedoch zu empfehlen ist. Aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gemäß § 2 Abs. 2 BetrVG wird für die außerordentliche Kündigung die Notwendigkeit ihrer Begründung gefolgert, wovon jedoch die Wirksamkeit dieser Kündigung nicht abhängt.¹³⁶² Die außerordentliche Kündigung ist dem Betriebsrat entsprechend § 130 BGB zugegangen, sobald sie in den Machtbereich des Betriebsratsvorsitzenden oder im Fall seiner Verhinderung in den Machtbereich dessen Stellvertreters gelangt (vergleiche § 26 Abs. 3 S. 2 BetrVG).

b) Wichtiger Kündigungsgrund

Ein außerordentliches, fristloses Kündigungsrecht der Betriebsvereinbarung setzt einen wichtigen Grund voraus, der für den Arbeitgeber oder den Betriebsrat unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der

¹³⁶⁰ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 1 zu § 52 BetrVG 1952 LS 4 und unter 2. der Gründe; AP Nr. 2 zu § 52 BetrVG 1952 unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 24 zu § 59 BetrVG 1952 unter II. 2. der Gründe; AP Nr. 11 zu § 50 BetrVG 1972 unter B. IV. der Gründe; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 54; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 135; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 314; Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke/Klebe, BetrVG § 77 Rn. 16; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 210; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 186; Stege/Weinspach, BetrVG, § 77 Rn. 42; Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. II/2, S. 1284; Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, S. 138; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 40; Nikisch, ArbR-Bd. III, S. 297; Söllner, ArbR, S. 205; Schaub, BB 1995, S. 1639, 1640.

¹³⁶¹ Siehe z.B. BAG, AP Nr. 11 zu § 50 BetrVG 1972 unter B. IV. der Gründe; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 210.

¹³⁶² Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 135; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 314.

Interessen der Betroffenen (Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Betriebsrat) ein weiteres Festhalten an der Betriebsvereinbarung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar macht.¹³⁶³ Teilweise werden an den Begriff des „wichtigen Grundes“ strenge, nach dem Grad der Wichtigkeit des Grundes abgestufte, Anforderungen gestellt.¹³⁶⁴ Für die Annahme eines wichtigen Grundes gibt es jedoch keine Abstufungen; entweder ist ein wichtiger Grund, der die weitere Geltung der Betriebsvereinbarung für eine der Betriebsparteien unzumutbar macht gegeben oder nicht. Ein „mehr oder minder“ eines wichtigen Grundes gibt es nicht.¹³⁶⁵

Für die Begriffsbestimmung des „wichtigen Grundes“ können die im Rahmen der hier vorliegenden Untersuchung im Zusammenhang mit der betriebsbedingten außerordentlichen (Massen-) Änderungskündigung erarbeiteten Grundsätze bezüglich des dringenden, außerordentlichen betriebsbedingten Kündigungsgrundes herangezogen werden.¹³⁶⁶ Die außerordentliche (Massen-) Änderungskündigung der übertarifliche Geldzulagen gewährenden Arbeitsverträge und die außerordentliche Kündigung der in einer Betriebsvereinbarung getroffenen betrieblichen Geldzulagenregelung sind insofern vergleichbar, als daß durch beide Arten von Kündigungen des Arbeitgebers übertarifliche Leistungen abgebaut werden sollen (und müssen). Wie bereits dargelegt, kann der Arbeitgeber im Falle eines Auftragsrückganges, Gewinnverfalls, einer Umsatzminderung oder Unrentabilität des Betriebes oder bei Rationalisierungsmaßnahmen mittels einer Massenänderungskündigung die Arbeitsverträge der anspruchsberechtigten Arbeitnehmer fristlos kündigen,¹³⁶⁷ sofern ohne seine beabsichtigte teilweise oder gänzliche Streichung der übertariflichen Gelder eine akute finanzielle Gefahr für die Existenz seines Betriebes besteht oder eine sofortige Stilllegung seines Betriebes unmittelbar bevorsteht.¹³⁶⁸ Auch im Falle einer Geldzulagengewährung durch Betriebsvereinbarung kann sich ein Arbeitgeber durch die besagten wirtschaftlich schwierigen Rahmenbedingungen genötigt sehen, durch eine fristlose Kündigung der betrieblichen Zulagenregelung die Existenz seines Betriebes zu retten. Die Voraussetzungen dieses außerordentlichen Kündigungsgrundes sind also die gleichen, wie die des dringenden betrieblichen Erfordernisses bei der

¹³⁶³ Vgl. Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 135; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 314; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 211; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 186.

¹³⁶⁴ So z.B. vom BAG, AP Nr. 1 zu § 52 BetrVG 1952 LS 4 und unter 2. der Gründe; AP Nr. 24 zu § 59 BetrVG 1952 unter II. 2. der Gründe; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 63; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 211; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 40; Söllner, ArbR, S. 205.

¹³⁶⁵ So zu Recht GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 314.

¹³⁶⁶ Siehe hierzu Teil 3: A. V. 5. b).

¹³⁶⁷ Vgl. hierzu Teil 3: A. V. 5. b).

¹³⁶⁸ Siehe hierzu Teil 3: A. V. 5. b).

außerordentlichen (Massen-) Änderungskündigung.¹³⁶⁹ Würde man den in einer existenzbedrohenden wirtschaftlichen Notlage befindlichen Arbeitgeber an die regelmäßige Kündigungsfrist von drei Monaten binden, könnte dies, auch in Anbetracht des oftmals hohen prozentualen Anteils der Geldzulagen am Effektivlohn, zu dessen wirtschaftlichem Ruin führen. Deshalb sollte man dem Arbeitgeber in solchen Fällen ein Recht zur fristlosen Kündigung der betrieblichen Geldzulagenregelung einräumen, durch welche er von der Zahlungspflicht der übertariflichen Gelder sofort und gänzlich befreit würde.

Derjenige Arbeitgeber, der vom fristlosen Kündigungsrecht der betrieblichen Geldzulagenregelung Gebrauch macht, muß sowohl substantiierte, nachprüfbar Tatsachen für die existenzbedrohenden wirtschaftlichen Umstände als auch die Umstände zur Unzumutbarkeit des Abwartens der Kündigungsfrist vortragen. Pauschale Begründungen wie: „untragbare wirtschaftliche Belastung“ oder „Erschöpfung finanzieller Mittel“ genügen hierfür nicht.¹³⁷⁰

3. Rechtsfolgen der außerordentlichen Kündigung

a) Wegfall der Anspruchsgrundlage für übertarifliche Geldzulagen

Die fristlose arbeitgeberseitige Kündigung der in dieser Untersuchung relevanten, in einer Betriebsvereinbarung getroffenen betrieblichen Geldzulagenregelung, durch die der gesamten oder Teilen der Belegschaft ein Anspruch auf übertarifliche Geldzulagen in Form von Leistungs- oder Erschwerniszulagen zusteht, zieht die rechtliche Konsequenz nach sich, daß diese Betriebsvereinbarung ohne Auslauffrist für die Zukunft sofort beendet ist. Die aus ihr ursprünglich anspruchsberechtigten Arbeitnehmer können demnach keine Ansprüche auf übertarifliche Zulagengelder gegenüber ihrem Arbeitgeber mehr geltend machen.

b) Nachwirkung der Betriebsvereinbarung gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG

Im Zusammenhang mit der Nachwirkung einer ordentlichen, nach § 77 Abs. 5 BetrVG arbeitgeberseitig gekündigten teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung über übertarifliche Geldzulagen wurde ausführlich dargelegt, daß diese betriebliche Zulagenregelung generell keine Nachwirkung entfaltet.¹³⁷¹ Aus den gleichen Erwägungen muß der Ausschluß der Nachwirkung gleichfalls für eine vom Arbeitgeber wegen einer existenzbedrohenden wirtschaftlichen Notlage außerordentlich gekündigten betrieblichen Geldzulagenregelung gelten. Darüber hinaus wäre es widersprüchlich, den Arbeitgeber über

¹³⁶⁹ Siehe hierzu Teil 3: A. V. 5. b).

¹³⁷⁰ Vgl. hierzu BAG, AP Nr. 11 zu § 50 BetrVG 1972 unter B. IV. der Gründe.

¹³⁷¹ Siehe Teil 3: C. IV. 2. b).

die Nachwirkungsregelung des § 77 Abs. 6 BetrVG weiterhin an seine betriebliche Geldzulagengewährung zu binden, obwohl es ihm wirtschaftlich schon unzumutbar ist, selbst bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist von drei Monaten die Geldzulagen an seine Belegschaft zu zahlen.¹³⁷² Gleichwohl gehen das Bundesarbeitsgericht und ein Teil der Rechtslehre davon aus, daß außerordentlich gekündigte Betriebsvereinbarungen nach § 77 Abs. 6 BetrVG nachwirken.¹³⁷³ Mit der Annahme dieser Nachwirkung folgt diese Ansicht der Grundentscheidung des Gesetzgebers in § 77 Abs. 6 BetrVG, zeitliche Lücken zwischen dem Ablauf von Betriebsvereinbarungen und neuen mitbestimmten/teilmitbestimmten Angelegenheiten nicht zuzulassen. Im Ergebnis würde damit aber nicht nur die Wirkung der außerordentlichen Kündigung negiert, sondern auch deren praktische Bedeutung erheblich eingeschränkt werden. Bei der außerordentlichen Kündigung sowohl einer mitbestimmten, erzwingbaren als auch nur teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung geht es gerade um die Fälle, in denen dem kündigenden Arbeitgeber die Beendigung der Betriebsvereinbarung so wichtig ist, daß er selbst die ordentliche Kündigungsfrist nicht mehr abwarten will oder kann.¹³⁷⁴ Hier eine Nachwirkung der Betriebsvereinbarung anzunehmen, wäre widersinnig und würde zudem dem Zweck des außerordentlichen Kündigungsrechtes zuwiderlaufen.

VI. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage

Im folgenden ist zu untersuchen, ob der Arbeitgeber möglicherweise durch Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage¹³⁷⁵ die Zahlungen der durch die Betriebsvereinbarung zugesagten übertariflichen Zulagengelder an seine Arbeitnehmer zukünftig teilweise oder gänzlich einstellen kann.

1. Vorbemerkung

Nach allgemeiner Ansicht können die Grundsätze vom Wegfall der Geschäftsgrundlage auch auf Betriebsvereinbarungen angewandt werden, und zwar sowohl dann, wenn die Durchführung in der geplanten Art eine unzumutbare Beeinträchtigung eines betrieblichen Partners darstellen würde, als

¹³⁷² Für den Ausschluß der Nachwirkung bei einer außerordentlichen Kündigung der Betriebsvereinbarung gleichfalls GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 334.

¹³⁷³ Im Zusammenhang mit der außerordentlichen Kündigung eines Sozialplanes vgl. BAG, AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 unter B. II. 3. b) dd) der Gründe; Berg (Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 58) und Matthes (MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 52) gehen dabei wohl aber nur von der Nachwirkung mitbestimmter, erzwingbarer, jedoch nicht teilmitbestimmter Betriebsvereinbarungen aus.

¹³⁷⁴ Siehe auch GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 334.

¹³⁷⁵ Zum Begriff des Wegfalls der Geschäftsgrundlage siehe Teil 3: A. VII. 1.

auch, wenn die Regelung unzweckmäßig oder gegenstandslos geworden ist.¹³⁷⁶ Eine Anwendbarkeit dieser Grundsätze wird aus dem in § 2 Abs. 1 BetrVG zum Ausdruck kommenden Prinzip der betrieblichen Partnerschaft gefolgert, welches den Betriebsparteien ein erhöhtes Maß an gegenseitiger Rücksichtnahme unter dem übergeordneten Gesichtspunkt des Betriebswohls abverlangt.¹³⁷⁷

Ebenso wie bei arbeitsvertraglich oder durch Allgemeine Arbeitsbedingungen gewährten übertariflichen Geldzulagen kommt auch bei einer Geldzulagengewährung durch eine betriebliche Regelung in Form einer Betriebsvereinbarung als Berufungsgrund für den Wegfall der Geschäftsgrundlage eine wirtschaftliche Notlage des Arbeitgebers in Betracht.

2. Geschäftsgrundlagenwegfall und dessen Rechtsfolge bei einer wirtschaftlichen Notlage

Im Zusammenhang mit arbeitsvertraglich gewährten Zusatzleistungen des Arbeitgebers wurde festgestellt, daß sich dieser nach allgemeiner Ansicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen kann, wenn er sich in einer wirtschaftlichen Notlage befindet, aufgrund derer es ihm nicht zugemutet werden kann, seine vertragliche Rechtspflicht zu erfüllen.¹³⁷⁸ Eine wirtschaftliche Notlage liegt für den Arbeitgeber vor, wenn wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten der Bestand seines Unternehmens ernsthaft gefährdet ist.¹³⁷⁹ Gründe für derartige wirtschaftliche Schwierigkeiten können, wie bereits erwähnt, aus einem Auftragsrückgang, einem Gewinnverfall, einer Umsatzminderung oder Unrentabilität des Betriebes oder aus Rationalisierungsmaßnahmen resultieren. In eine sich aus diesen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ergebende wirtschaftliche Notlage kann der Arbeitgeber geraten, ganz gleich, ob er die übertariflichen Gelder durch Einzelarbeitsverträge, durch Allgemeine Arbeitsbedingungen oder durch eine Betriebsvereinbarung seiner Beleg-

¹³⁷⁶ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 unter B. II. 3. c) aa) der Gründe; AP Nr. 11 zu § 112 BetrVG 1972 unter II. 2. c) der Gründe; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 55; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 222; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 325; Palandt, BGB, Heinrichs, § 242 Rn. 6; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 181; Schaub, BB 1995, S. 1639; a.A. MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 44.

¹³⁷⁷ Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 223.

¹³⁷⁸ Vgl. z.B. Coester, BB 1984, S. 797, 800; Hromadka, NZA 1987, Beil. Nr. 3, S. 2, 12; Nikisch, Anm. zu BAG, AP Nr. 51 zu § 611 BGB Gratifikation, Bl. 3, 5; für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Notlage im Bereich der betrieblichen Altersversorgung siehe BAG, AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Geschäftsgrundlage unter II. a) der Gründe; grundlegend AP Nr. 157 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter III. 1. a) der Gründe.

¹³⁷⁹ Std. Rspr. seit BAG, AP Nr. 4 zu § 242 BGB Ruhegehalt; z.B. BAG, AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Geschäftsgrundlage unter III. der Gründe; vgl. auch die Formulierungen bei der außerordentlichen Änderungskündigung in Teil 3: A. V. 5. b).

schaft gewährt. Deshalb muß er sich auch bei einer Geldzulagengewährung durch eine betriebliche Regelung in Form einer Betriebsvereinbarung im Fall einer wirtschaftlichen Notlage auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen können, um so die Existenz seines Betriebes zu retten. Tatbestandlich müssen hierfür also die selben Voraussetzungen vorliegen wie bei der außerordentlichen Kündigung einer solchen Betriebsvereinbarung, wobei diese tatbestandlichen Voraussetzungen wiederum die gleichen sind wie die des dringenden betrieblichen Erfordernisses bei der außerordentlichen Änderungskündigung einer arbeitsvertraglichen Zulagenregelung.¹³⁸⁰

Beruft sich der Arbeitgeber wegen einer wirtschaftlichen Notlage auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage, so wird hierdurch die betriebliche Geldzulagenregelung nicht beendet. Nach allgemeiner Ansicht bildet der Wegfall der Geschäftsgrundlage keinen selbständigen Beendigungsgrund einer Betriebsvereinbarung.¹³⁸¹ Als Rechtsfolge des Geschäftsgrundlagenwegfalls kommt hier in erster Linie eine Anpassung des betrieblichen Geldzulagenregelungsinhaltes an die geänderten wirtschaftlichen Bedingungen in Betracht, wobei die Anpassung wegen des normativen Charakters der Betriebsvereinbarung nicht automatisch erfolgt, sondern von den Betriebsparteien vorgenommen werden muß.¹³⁸² Um den weiteren Bestand seines Unternehmens zu sichern, kann der Arbeitgeber demzufolge mit Zustimmung des Betriebsrates die durch Betriebsvereinbarung zugesagten übertariflichen Geldzulagen seiner Belegschaft entsprechend seinen wirtschaftlichen Verhältnissen sofort herabsetzen und zwar, wenn nötig, bis gen Null.¹³⁸³ Die gänzliche Herabsetzung der Zulagengelder, welche einer völligen Streichung gleichkommt, ist dabei mit der Wirkung der außerordentlichen Kündigung der betrieblichen Zulagenregelung zu vergleichen.¹³⁸⁴ Im Gegensatz zur außerordentlichen Kündigung wird durch diese „einseitige Lossagung“ die übertarifliche Geldzulagen regelnde Betriebsvereinbarung zwar nicht beseitigt, jedoch faktisch beendet, da sie inhaltsleer wird. Weigert sich der Betriebsrat auf das Anpassungsverlangen des Arbeitgebers einzugehen, so kann dieser die Betriebsvereinbarung außerordentlich kündigen oder die Einigungsstelle anrufen.¹³⁸⁵

¹³⁸⁰ Vgl. hierzu die Ausführungen in Teil 3: A. 5. b). und C. V. 2. b).

¹³⁸¹ Vgl. BAG, AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 unter B. II. 3. c) aa) der Gründe; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 55; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 325; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rnn. 222 f.; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 181; Schaub, ArbR, S. 1878; ders., BB 1995, S. 1639; a.A. Säcker, AR-Blattei D, Betriebsvereinbarung I, F. IV. 2.

¹³⁸² Schaub, ArbR, S. 1878; ders., BB 1995, S. 1639.

¹³⁸³ Dabei hat er aber den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten; siehe dazu Teil 2: E.

¹³⁸⁴ Siehe GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 325.

¹³⁸⁵ Vgl. BAG, AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 unter B. II. 3. c) aa) der Gründe.

3. Subsidiarität

Der Arbeitgeber kann sich im Fall einer wirtschaftlichen Notlage nur dann auf den Geschäftsgrundlagenwegfall der betrieblichen Geldzulagenregelung berufen, wenn es an einer vertraglichen (betrieblichen) Vereinbarung oder an einer gesetzlichen Regelung fehlt. Hinsichtlich dieser Subsidiarität gelten mithin dieselben Kriterien wie bei der Subsidiarität des Geschäftsgrundlagenwegfalls im Fall einer Geldzulagengewährung durch Arbeitsvertrag.¹³⁸⁶

a) Verhältnis zur konkludenten Regelung in der Betriebsvereinbarung

Falls die betriebliche Geldzulagenregelung in Form der Betriebsvereinbarung keine ausdrücklichen Klauseln enthält, die dem Arbeitgeber im Fall einer wirtschaftlichen Notlage ein Kürzungs- oder Streichungsrecht der Zulagengelder einräumen, so läßt sich ein solches Recht des Arbeitgebers möglicherweise durch Auslegung des Inhaltes dieser Zulagenregelung ermitteln.

Obwohl nach der herrschenden und hier vertretenen Ansicht das Zustandekommen der Betriebsvereinbarung vertragsrechtlich zu erklären ist, gelten für die Auslegung von Betriebsvereinbarungen wie beim Tarifvertrag nach allgemeiner Auffassung die Regeln für die Auslegung kollektiver Normen.¹³⁸⁷ Bei der Auslegung des normativen Teils einer Betriebsvereinbarung kommt es auf den objektiven Erklärungswert der Norm an, wie er sich aus dem Wortlaut und dem Zweck der Regelung sowie dem Gesamtzusammenhang der einzelnen Bestimmungen ergibt.¹³⁸⁸

Die Möglichkeit zur Zahlung übertariflicher Geldzulagen steht für den Arbeitgeber, unabhängig von dem Rechtsgrund der Gewährung, immer unter der Prämisse seiner Liquidität. Sind den Arbeitnehmern übertarifliche Geldzulagen durch eine Betriebsvereinbarung zugesagt, gerät der Arbeitgeber jedoch aufgrund inner- oder außerbetrieblicher Umstände in eine existenzbe-

¹³⁸⁶ Siehe hierzu Teil 3: A. VII. 3.

¹³⁸⁷ So BAG, AP Nr. 3 zu § 52 BetrVG 1952 unter I. der Gründe; AP Nr. 4 zu § 57 BetrVG 1952; AP Nr. 1 zu § 77 BetrVG 1972 Auslegung unter 1. der Gründe; AP Nr. 3 zu § 77 BetrVG 1972; AP Nr. 7 zu § 112 BetrVG 1972 unter 1. a) der Gründe; AP Nr. 48 zu § 112 BetrVG 1972 unter II. 2. a) der Gründe; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 26; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 15; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 20; Kreutz (GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 51 f.), der zutreffend darauf hinweist, daß sich die Gesetzesauslegung wenig von den Grundsätzen über die Auslegung von Verträgen unterscheidet; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 60; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 107; Stege/Weinspach, BetrVG, § 77 Rn. 26; Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. II/2, S. 1281; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rnn. 4 ff.; zur Verfassungsmäßigkeit des Grundsatzes der objektiven Auslegung von Betriebsvereinbarungen siehe Canaris, JuS 1989, S. 161, 166.

¹³⁸⁸ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 7 zu § 112 BetrVG 1972 unter 1. a) der Gründe; AP Nr. 1 zu § 77 BetrVG 1972 Auslegung unter 1. der Gründe; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rnn. 60 ff. m.w.N.

drohende wirtschaftliche Notlage, in der ihm keine anderen finanziellen Möglichkeiten zur Sanierung seines Betriebes mehr verbleiben, als diese Zulagen sofort teilweise oder gänzlich zu streichen, müßte man ihm in dieser Ausnahmesituation im Wege der ergänzenden Inhaltsauslegung ein entsprechendes Kürzungs- oder Streichungsrecht einräumen. Ein solches Recht würde aber einem teilweisen beziehungsweise vollständigen Widerrufsrecht der Betriebsvereinbarung entsprechen, welches im Fall einer wirtschaftlichen Notlage des Arbeitgebers jedoch nur ausnahmsweise im Bereich der betrieblichen Altersversorgung zugelassen wird.¹³⁸⁹ Deswegen müßte ein durch ergänzende Inhaltsauslegung ermitteltes, sofortiges, teilweises oder gänzlichliches Streichungsrecht des Arbeitgebers in eine dementsprechende Kündigungsklausel umgedeutet werden.¹³⁹⁰ Folglich ist dem Arbeitgeber ein Recht zur außerordentlichen Kündigung der betrieblichen Geldzulagenregelung einzuräumen, welches ihm bei einer wirtschaftlichen Notlage ohnehin zusteht.¹³⁹¹ Zu beachten ist hierbei, daß die Betriebsvereinbarung nur gänzlich beseitigt werden kann; ihre Teilkündigung ist unzulässig.¹³⁹²

b) Verhältnis zur außerordentlichen Kündigung der Betriebsvereinbarung

Das Rechtsinstitut vom Wegfall der Geschäftsgrundlage ist, wie bereits erwähnt, auch gegenüber gesetzlichen Regelungen subsidiär. Da der Arbeitgeber die sofortige gänzliche Zahlungseinstellung von betrieblich zugesagten übertariflichen Geldzulagen neben der Berufung auf den Geschäftsgrundlagenwegfall, wie festgestellt, auch mittels einer außerordentlichen Kündigung dieser Betriebsvereinbarung realisieren kann,¹³⁹³ ist bezüglich der Subsidiarität das Verhältnis dieser beiden Rechtsinstitute zueinander zu untersuchen.¹³⁹⁴ Die nach allgemeiner Ansicht zulässige Möglichkeit der außerordentlichen

¹³⁸⁹ Vgl. BAG, AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung unter III. 2. der Gründe; AP Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung LS 5; vgl. dazu im Einzelnen Hanau, Anm. zu BAG, AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung, Bl. 4, 6 ff.

¹³⁹⁰ Für die Umdeutung eines Widerrufs einer Betriebsvereinbarung in eine Kündigungsklausel sind auch Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 221.

¹³⁹¹ Siehe Teil 3: C. V. Zur Subsidiarität zwischen den Rechtsinstituten vom Wegfall der Geschäftsgrundlage und der außerordentlichen Kündigung einer Betriebsvereinbarung siehe Teil 3: C. VI. 3.

¹³⁹² Zur Unzulässigkeit einer solchen teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung vgl. Teil 3: C. IV. 2. b) bb) (3) (b) (aa).

¹³⁹³ Siehe hierzu Teil 3: C. V. 3. a).

¹³⁹⁴ Auf die Subsidiarität zu einer zulässigen Änderungskündigung wird hier nicht eingegangen, da unter Würdigung des rechtlichen Ergebnisses zwischen einer solchen und einer nachfolgenden Betriebsvereinbarung keine Unterschiede bestehen. Das Rechtsinstitut einer Änderungskündigung ist für die Änderung oder Beendigung von Betriebsvereinbarungen nicht vonnöten. Siehe auch Teil 3: C. IV. 1. c) aa) (4) (c).

Kündigung einer Betriebsvereinbarung¹³⁹⁵ ist vom Gesetzgeber zwar nicht im Betriebsverfassungsgesetz selbst geregelt worden, hat aber in § 120 Abs. 2 InsolvenzO Anerkennung gefunden. Zudem muß es wie bei allen Dauerschuldverhältnissen eine Möglichkeit für die Betriebspartner geben, sich fristlos voneinander lösen zu können. Dies folgt einem in § 626 BGB zum Ausdruck kommenden Grundsatz. Sofern der Arbeitgeber die Anpassung der übertariflichen Geldzulagen regelnden Betriebsvereinbarung an die veränderten wirtschaftlichen Umstände nur durch eine sofortige und gänzliche Zahlungseinstellung der Zulagengelder realisieren kann, gibt ihm die außerordentliche Kündigung der Betriebsvereinbarung hierfür die Möglichkeit. In einem solchen Fall der Anpassung ist das Rechtsinstitut vom Wegfall der Geschäftsgrundlage gegenüber der Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung subsidiär.

VII. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer nachfolgenden „verschlechternden“ Betriebsvereinbarung

Haben die Arbeitnehmer aufgrund einer Betriebsvereinbarung Ansprüche auf übertarifliche Geldzulagen, gilt es zu untersuchen, ob der Arbeitgeber diese Ansprüche (mit Hilfe des Betriebsrates) durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung, die eine im Gegensatz zur bereits bestehenden betrieblichen Regelung geringere oder überhaupt keine Zulagenzahlung mehr vorsieht, teilweise oder gänzlich beseitigen kann.

1. Vorbemerkung

Nachfolgende¹³⁹⁶ Betriebsvereinbarungen sind gerade im Hinblick auf die Änderung von bestehenden Betriebsvereinbarungen als wichtigstes zweiseitiges Gestaltungsmittel anzusehen. Durch sie sind in der arbeitsrechtlichen Praxis häufig Kündigungen von Betriebsvereinbarungen vermeidbar, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat im Laufe ihrer „Gespräche“ einvernehmlich vereinbaren, eine bestehende Betriebsvereinbarung durch eine neue zu ersetzen.

Das wirksame Zustandekommen einer nachfolgenden Betriebsvereinbarung erfordert freiwillige, korrespondierende Willenserklärungen von den Betriebsparteien, wobei diese die Schriftform des § 77 Abs. 2 BetrVG zu beachten haben.¹³⁹⁷

¹³⁹⁵ Vgl. Teil 3: C. V. 1.

¹³⁹⁶ Zur begrifflichen Abgrenzung zu einer ablösenden Betriebsvereinbarung vgl. Teil 3: A. IX. 2.

¹³⁹⁷ Zum dem Begriff, der Rechtsnatur und der Wirkung der Betriebsvereinbarung siehe Teil 2: B. II. 1.

2. Ablösungsprinzip

Nach ganz herrschender Auffassung kann durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung eine bereits bestehende Betriebsvereinbarung nicht nur aufgehoben (wie beim Aufhebungsvertrag), sondern darüber hinaus ersetzt oder geändert werden. Da es sich um ranggleiche Gestaltungsfaktoren handelt, verdrängt die jüngere Regelung die ältere des gleichen Regelungstatbestandes mit Wirkung für die Zukunft, entsprechend der Zeitkollisionsregel „lex posterior derogat legi priori“.¹³⁹⁸ Deshalb kann die jüngere Betriebsvereinbarung die ältere auch zuungunsten der Arbeitnehmer ablösen - dieser Grundsatz wird als Ordnungs- oder Ablösungsprinzip bezeichnet¹³⁹⁹ -, wobei sie jedoch nur in seltenen Ausnahmefällen in bereits erdiente Besitzstände eingreifen darf.¹⁴⁰⁰ Im Verhältnis zwischen bestehender und nachfolgender Betriebsvereinbarung findet insoweit weder das Günstigkeitsprinzip noch das vom Bundesarbeitsgericht konzipierte kollektive Günstigkeitsprinzip Anwendung.¹⁴⁰¹

Im Fall der übertariflichen Geldzulagengewährung durch Betriebsvereinbarung, könnte der Arbeitgeber somit (mit Hilfe des Betriebsrates) dem Ordnungs- oder Ablösungsprinzips zufolge, mittels einer neuen nachfolgenden Betriebsvereinbarung, die eine im Gegensatz zur bereits bestehenden betrieblichen Regelung geringere oder überhaupt keine Zulagenzahlung mehr vorsieht, die übertariflichen Zulagengelder der anspruchsberechtigten Arbeit-

¹³⁹⁸ So die herrschende Auffassung der Rechtsprechung und der Rechtslehre, vgl. z.B. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 5. der Gründe; AP Nr. 12 zu § 112 BetrVG 1972 unter II. 1. der Gründe; AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 unter B. II. 2. der Gründe; AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung unter II. 2. der Gründe; AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter II. 3. c) der Gründe; AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter I. der Gründe; AP Nr. 15 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter I. der Gründe; AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt unter B. der Gründe; AP Nr. 185 zu § 242 BGB unter 2. der Gründe; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 12; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 163; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 68; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 308; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 85; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 159; Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. II/2, S. 1293 f. m.w.N.; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 60; Schaub, ArbR, S. 1876; ders., BB 1995, S. 1639; Däubler, ArbuR 1984, S. 1, 3; Hanau/Preis, NZA 1991, S. 81, 89; Heither, ArbRdG 1994, S. 55, 56; ders., BB 1992, S. 145, 147; Leinemann, BB 1989, S. 1905.

¹³⁹⁹ Grundlegend zum Ordnungsprinzip z.B. Hilger, Ruhegeld, S. 225 ff.; dies., BB 1958, S. 417, 418; Richardi, Kollektivgewalt, S. 391 f.; Nipperdey, FS für Lehmann, S. 257 ff.; Siebert, FS für Nipperdey, S. 119, 126 f.

¹⁴⁰⁰ Vgl. hierzu z.B. BAG, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972 unter C. II. 5. der Gründe; AP Nr. 9 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter II. 1. bis 3. der Gründe; AP Nr. 5 zu § 1 BetrAVG Besitzstand LS 1 unter B. II. 2. der Gründe; AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung LS 2 und unter 2. der Gründe; zum Schutz bereits erdienter Besitzstände vgl. GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rnn. 285 und 338.

¹⁴⁰¹ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Ablösung unter I. der Gründe; AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 unter B. II. 2. der Gründe; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 308; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 60.

nehmer teilweise oder gänzlich beseitigen. Fraglich ist jedoch, ob dem Ordnungs- oder Ablösungsprinzip im gegebenen Fall nicht der Rechtsgedanke des § 2 Abs. 1 BetrVG entgegensteht. Gemäß dieser gesetzlichen Vorschrift haben der Arbeitgeber und vor allem der Betriebsrat als Repräsentant der Belegschaft bei dem Abschluß einer Betriebsvereinbarung zu bedenken, daß sie im betrieblichen Bereich die Arbeitnehmer nicht zu deren Nachteil, sondern zu deren Wohl zu vertreten haben (vergleiche § 2 Abs. 1 BetrVG), wozu im Fall der übertariflichen Geldzulagengewährung durch Betriebsvereinbarung mit Sicherheit nicht der freiwillige teilweise oder vollständige Verzicht von Arbeitnehmeransprüchen auf diese Zulagen zählt. Gerade der Betriebsrat hat also auch bei einer nachfolgenden Betriebsvereinbarung stets die kollektiven Interessen der Belegschaft im Auge zu behalten und zu wahren. In der arbeitsrechtlichen Praxis wird ein Arbeitgeber mit dem Einverständnis des Betriebsrates zur Aufhebung einer die Arbeitnehmer begünstigenden Betriebsvereinbarung (Zusage übertariflicher Geldzulagen) deswegen in aller Regel wohl nur dann rechnen können, wenn sich sein Betrieb in einer wirtschaftlichen Notlage¹⁴⁰² befindet und keine alternativen finanziellen Möglichkeiten vorhanden sind, um den weiteren Bestand des Unternehmens zu gewährleisten.

Aber selbst dann, wenn die Betriebsparteien beim Abschluß einer nachfolgenden verschlechternden Betriebsvereinbarung die Wertmaßstäbe und Grundsätze des § 2 Abs. 1 BetrVG nicht beachtet beziehungsweise nicht eingehalten haben sollten, hat dies keine rechtlichen Auswirkung auf die Wirksamkeit dieser Betriebsvereinbarung. Die in § 2 Abs. 1 BetrVG angesprochene betriebliche Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat stellt lediglich eine gesetzliche nicht justiziable Forderung dar. Zudem ist zu bedenken, daß die auf einer Betriebsvereinbarung beruhenden übertariflichen Geldzulagen durch eine Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist von drei Monaten ebenfalls gänzlich beseitigt werden können, und zwar ohne Angabe jeglicher (billigenswerter) Gründe. Insoweit besteht zwischen der freien Kündbarkeit einer Betriebsvereinbarung und deren Ablösbarkeit durch eine neue verschlechternde Betriebsvereinbarung Wertungsgleichheit und damit in rechtlicher Hinsicht Harmonie. Im Unterschied zur Kündigung der übertariflichen Geldzulagen regelnden Betriebsvereinbarung hätte der Arbeitgeber beim Abschluß einer dem gleichen Zweck dienenden nachfolgenden verschlechternden Betriebsvereinbarung jedoch den Vorteil, bei der Belegschaft betriebspolitisch in einem „besseren Licht“ dazustehen, da der Betriebsrat als deren Interessenvertreter bei dieser Form der Zulagenstreichung Mitverantwortung übernehmen müßte.

¹⁴⁰² Zum Begriff der wirtschaftlichen Notlage siehe Teil 3: A. VII. 2. c).

3. Rechtskontrolle einer nachfolgenden „verschlechternden“ Betriebsvereinbarung

Obwohl das Ordnungs- oder Ablösungsprinzip in der Rechtsprechung und der Rechtslehre allgemein anerkannt ist, versuchen Teile der Judikatur und Literatur angesichts des § 2 Abs. 1 BetrVG dieses Prinzip in der arbeitsrechtlichen Praxis dennoch durch eine Billigkeitskontrolle der nachfolgenden Betriebsvereinbarung, gerade bei verschlechternden, einzuschränken.¹⁴⁰³

Im Zusammenhang mit einer ablösenden verschlechternden Betriebsvereinbarung wurde jedoch festgestellt, daß Betriebsvereinbarungen allgemein, sofern sie keiner gerichtlichen Ermessenskontrolle nach § 76 Abs. 5 S. 4 BetrVG unterliegen, nicht einer Billigkeitskontrolle, sondern nur einer reinen Rechtskontrolle durch das zuständige Arbeitsgericht zu unterziehen sind. Insoweit kann auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden.¹⁴⁰⁴

Die hier behandelte nachfolgende verschlechternde Betriebsvereinbarung, mit welcher der Arbeitgeber (mit Hilfe des Betriebsrates) die arbeitnehmerseitigen Ansprüche auf übertarifliche Geldzulagen teilweise oder gänzlich beseitigen will, wird einer solchen gerichtlichen Rechtskontrolle standhalten, sofern diese Betriebsvereinbarung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen die Verfassung, zwingendes Gesetzesrecht, Tarifverträge, gesetzvertretendes Richterrecht, die guten Sitten oder tragende Grundsätze des Arbeitsrechtes verstößt. Zieht man bei der gerichtlichen Rechtskontrolle eine Parallele zum Kündigungsrecht von Betriebsvereinbarungen (§ 77 Abs. 5 BetrVG), wird bei der hier relevanten, nachfolgenden betrieblichen Geldzulagenregelung ein Verstoß gegen höherrangiges Recht nicht gegeben sein. Schließlich können die auf einer Betriebsvereinbarung beruhenden übertariflichen Geldzulagen auch durch eine Kündigung im Sinne des § 77 Abs. 5 BetrVG unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist von drei Monaten gänzlich beseitigt werden, und zwar ohne Angabe jeglicher (billigenswerter) Gründe.

VIII. Teilweise oder gänzliche Zahlungseinstellung aufgrund einer Regelungsabrede

Aus dem Schriftformerfordernis für einen Aufhebungs- oder Änderungsvertrag (entsprechend § 77 Abs. 2 BetrVG) folgt zugleich, daß eine mündliche Regelungsabrede¹⁴⁰⁵ zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat wegen der nicht gesichert nachvollziehbaren Einigung der Betriebsparteien eine übertarif-

¹⁴⁰³ Zur dogmatischen Fundierung einer „Billigkeitskontrolle“ von Betriebsvereinbarungen allgemein siehe ausführlich Teil 3: B. III. 4.

¹⁴⁰⁴ Zur Rechtskontrolle siehe Teil 3: B. III. 4. d) und e).

¹⁴⁰⁵ Ausführlich zu dem Begriff und der Wirkung der Regelungsabrede in Teil 2: B. III. 1.

liche Geldzulagen regelnde Betriebsvereinbarung nicht ablösen kann. Eine solche Regelungsabrede kann mangels Schriftform auch nicht als Aufhebungsvertrag qualifiziert werden.¹⁴⁰⁶ Außerdem ist zu beachten, daß die Regelungsabrede anders als die Betriebsvereinbarung keine unmittelbare und zwingende Geltungswirkung hat und somit die Wirkungen der Betriebsvereinbarung nicht beseitigen kann.¹⁴⁰⁷ Die „höhere“ Rechtsqualität einer Betriebsvereinbarung kann durch eine bloß schuldrechtlich wirksame Regelungsabrede nicht beseitigt werden.

Demnach können Arbeitgeber und Betriebsrat durch eine Regelungsabrede die übertarifliche Geldzulagen regelnde Betriebsvereinbarung nicht ablösen und folglich den privilegierten Arbeitnehmern zukünftig die aus der betrieblichen Zulagenregelung hervorgehenden Ansprüche auf übertarifliche Geldzulagen teilweise oder gänzlich entziehen.

D. Die Mitbestimmung des Betriebsrates gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der teilweisen oder gänzlichen Streichung übertariflicher Geldzulagen durch einen Widerruf des Arbeitgebers

Desweiteren ist zu untersuchen, ob der Arbeitgeber, falls er die individualvertraglich oder durch Allgemeine Arbeitsbedingungen zugesagten übertariflichen Geldzulagen der gesamten Belegschaft oder Teilen dieser durch einen Widerruf teilweise oder gänzlich streichen will,¹⁴⁰⁸ bei diesen Maßnahmen eventuell Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates im Sinne des § 87 Abs. 1 BetrVG beachten muß.¹⁴⁰⁹

I. Vorbemerkung

Da im Mittelpunkt der vorliegenden Dissertation die Möglichkeiten zur teilweisen oder gänzlichen Streichung übertariflicher Geldzulagen seitens des Arbeitgebers unter dem Gesichtspunkt der „Anpassung an wirtschaftliche

¹⁴⁰⁶ Zum Schriftformerfordernis eines Aufhebungsvertrages siehe Teil 3: C. I. 2.

¹⁴⁰⁷ Vgl. z.B. BAG, AP Nr. 14 zu § 77 BetrVG 1972 LS 1 und unter 3. c) der Gründe; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Berg, § 77 Rn. 46; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 77 Rn. 128; GK-BetrVG, Kreutz, § 77 Rn. 307; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 77 Rn. 217; Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 179; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 319 Rn. 61; a.A. z.B. Galperin/Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 64 a); Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. II/2, S. 1283; Bulla, DB 1962, S. 1207, 1208.

¹⁴⁰⁸ Der Arbeitgeber kann durch Betriebsvereinbarung zugesagte übertarifliche Geldzulagen nicht durch einen kollektivrechtlichen Widerruf gegenüber dem Betriebsrat den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern teilweise oder gänzlich streichen; siehe hierzu Teil 3: C. III. 1.

¹⁴⁰⁹ Es wird vorausgesetzt, daß sich der Arbeitgeber den Widerruf arbeitsvertraglich vorbehalten hat.

Gegebenheiten“ analysiert wurden, werden im folgenden auch dessen Widerruf und die diesbezüglich möglicherweise bestehenden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nur in diesem Sinne untersucht. Die arbeitgeberseitige Anrechnung der übertariflichen Geldzulagen anlässlich einer Tariflohnerhöhung bleibt deshalb, auch wegen ihrer umfangreichen Problematik hinsichtlich der Mitbestimmung, unberücksichtigt. Bezüglich dieser Thematik kann an dieser Stelle auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und die umfangreiche Literatur verwiesen werden.¹⁴¹⁰

II. Voraussetzung für ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

Für die Voraussetzungen der betrieblichen Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG kann auf die im Zusammenhang mit der Gewährung übertariflicher Geldzulagen gemachten Ausführungen verwiesen werden.¹⁴¹¹

Unabdingbare Voraussetzung für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ist, daß es sich bei dem teilweisen oder vollständigen Widerruf des Arbeitgebers um eine kollektive Regelung betrieblicher Lohngestaltung handelt. Diese liegt, wie im Zusammenhang mit der Gewährung übertariflicher Geldzulagen festgestellt wurde, vor, wenn der Arbeitgeber eine generell-abstrakte Maßnahme trifft, bei der die Strukturform des Entgeltes einschließlich ihrer näheren Vollzugsform betroffen wird.¹⁴¹² Die Anzahl der von der Regelung betroffenen Arbeitnehmer ist dabei nicht maßgeblich für die Kollektivität, sondern hierfür vielmehr nur ein Indiz.¹⁴¹³

Unter der Prämisse, daß sich ein Unternehmen in „wirtschaftlichen Schwierigkeiten“ befindet, kann es, je nach deren Ausmaß, gerade in Großbetrieben

¹⁴¹⁰ Grundlegend dazu BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; desweiteren BAG, Urt. v. 26.5.1998 - 1 AZR 704/97 (n.n.v., demnächst BAG, EzA Nr. 65 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung); AP Nrn. 53, 54, 70, 71, 73, 80, 85, 86 und 88 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; AP Nrn. 7 und 8 zu § 27 BAT; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, § 87 Rnn. 454 ff.; GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 873 ff.; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 87 Rnn. 488 ff.; Löwisch, BetrVG, § 87 Rn. 122; Richardi, BetrVG, § 87 Rnn. 854 ff.; ders., NZA 1992, S. 961 ff.; Stege/Weinspach, BetrVG, § 87 Rn. 174 b); D. Gaul, ArbR-Bd. 2, S. 627 ff.; Hauck/Linck/Wagner, Grundlegende Entscheidungen; Jahna, Die Anrechnung; Krauß, Widerruf von Arbeitgeberleistungen, S. 228 ff.; MünchArbR-Bd. 3, Matthes, § 333 Rnn. 35 ff.; Rau, Die Systematik, S. 128 ff.; Ziepke, Anrechnung und Widerruf, S. 36 ff.; ders., BB 1981, S. 61 ff.; Bommermann, DB 1991, S. 2185 ff.; Hönsch, BB 1988, S. 2312 ff.; Hromadka, DB 1992, S. 1573 ff.; Ramrath, DB 1990, S. 2593 ff.; Schüren, RdA 1991, S. 139 ff.; Stege/Rinke, DB 1991, S. 2386 ff.; Stege/Schneider, DB 1992, S. 2342 ff.; Wiese, NZA 1990, S. 793 ff.

¹⁴¹¹ Siehe hierzu Teil 2: D. II.

¹⁴¹² Siehe. hierzu Teil 2: D. II. 2.

¹⁴¹³ Vgl. hierzu Teil 2: D. II. 2.

erforderlich sein, daß der Arbeitgeber übertariflich zugesagte Geldzulagen der gesamten Belegschaft oder Teilen dieser zukünftig teilweise, wenn nicht sogar gänzlich streichen muß, um durch diese Art der Kapitaleinsparung eine Anpassung an die gegebenen wirtschaftlichen Verhältnisse zu erreichen. Im Fall einer stark „angespannten“ Finanzlage oder gar einer wirtschaftlichen Notlage werden diese Maßnahmen des Arbeitgebers wohl unumgänglich sein. Die Kürzung oder Streichung der Zulagengelder kann der Arbeitgeber in den betreffenden Fällen entweder durch eine Vielzahl von Einzelwiderrufen oder aber, was praktischer ist, durch einen Massenwiderruf, beispielsweise durch Aushang am „schwarzen Brett“,¹⁴¹⁴ realisieren. In beiden Fällen ist die Kollektivität seiner entsprechend vorgenommenen Maßnahme zu bejahen. Durch den arbeitgeberseitigen teilweisen oder vollständigen Massenwiderruf, der eine generell-abstrakte Maßnahme darstellt, wird die Struktur des Arbeitslohnes insoweit tangiert, als daß sich das bestehende prozentuale Verhältnis des sich aus tariflichen- und übertariflichen Lohnbestandteilen zusammensetzenden Effektivgehaltes des einzelnen Arbeitnehmers verändert. Auch eine Vielzahl von Einzelwiderrufen führt zu einer Veränderung der Arbeitslohnstruktur. Es handelt sich hierbei zwar jeweils um individuell-konkrete Maßnahmen des Arbeitgebers, jedoch ist aufgrund der Vielzahl und der Einheitlichkeit dieser Widerrufe ein kollektiver Bezug zu erkennen, der für die Kollektivität im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ausreicht.

III. Mitbestimmung beim Widerruf des Arbeitgebers ?

Obwohl es sich bei dem teilweisen oder vollständigen Widerruf der übertariflichen Geldzulagen jeweils um kollektive Maßnahmen betrieblicher Lohngestaltung handelt, ist fraglich, ob dem Betriebsrat hierbei ein Mitbestimmungsrecht zusteht. Folgt man nämlich streng der hier vertretenen „Topf-theorie“,¹⁴¹⁵ nach der es dem Arbeitgeber aufgrund seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit freisteht, ob und in welchem Umfang er finanzielle Aufwendungen für zusätzliche Leistungen machen will, ist konsequenterweise ein Mitbestimmungsrecht bei einem solchen Arbeitgeberwiderruf abzulehnen. Durch den Widerruf als solchen, mit dem der Arbeitgeber das Geldzulagenvolumen kürzen oder gänzlich streichen will, trifft er nur eine negative Bestimmung über das „Ob“ und die Höhe der Zulagengewährung.

1. Auffassung des Bundesarbeitsgerichts

Das Bundesarbeitsgericht hatte sich bislang mit einem „normalen“, von einer Tariflohnerhöhung unabhängigen arbeitgeberseitigen teilweisen oder gänzlichen Widerruf übertariflicher Geldzulagen wegen fehlendem Entscheidungsbedarfes nur am Rande auseinanderzusetzen.

¹⁴¹⁴ Zum Zugang eines solchen Widerrufes vgl. Teil 3: A. VIII. 3.

¹⁴¹⁵ Vgl. hierzu Teil 2: D. IV. 1. a).

So hatte beispielsweise der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts am 17.12.1980 über die Wirksamkeit eines Widerrufs von Forschungszulagen zu entscheiden, die ohne Beteiligung des Betriebsrates vom Arbeitgeber aufgrund allgemeiner Richtlinien gewährt wurden.¹⁴¹⁶ Da die ohne Zustimmung des Betriebsrates erlassenen Richtlinien nicht wirksam zustande gekommen seien, hielt der 5. Senat folglich auch den hierauf gestützten Widerruf des Arbeitgebers für unwirksam.¹⁴¹⁷

In einem anderen Urteil vom 3.8.1982, dem ebenfalls Forschungszulagen zugrunde lagen und das bereits im Zusammenhang mit der Nachwirkungslage einer gekündigten Betriebsvereinbarung ausführlich dargestellt und kritisch diskutiert wurde,¹⁴¹⁸ hat der 3. Senat des Bundesarbeitsgerichts entschieden, daß ein Widerruf, durch den der Arbeitgeber diese übertariflichen Geldzulagen zunächst gänzlich streichen wollte, um sie dann anschließend nach einem neuen Verteilungsplan wieder gewähren zu können, ohne die Beteiligung des Betriebsrates unwirksam ist.¹⁴¹⁹ Der 3. Senat begründete seine Ansicht damit, daß es dem Arbeitgeber bei seinem generellen Widerruf nicht um die endgültige Einstellung der Forschungszulagen ging, sondern vielmehr darum, rasch und einfach eine günstige Ausgangslage für die Neuverteilung dieser Zulagen zu schaffen. Damit sei der Widerruf Teil und erster Schritt des Verfahrens gewesen, mit dem das Zulagenwesen im Betrieb neu geregelt werden sollte. Der 3. Senat klassifizierte deshalb die zweistufige Vorgehensweise des Arbeitgebers nicht als eine mitbestimmungsfreie „Abschaffung“ des alten Zulagensystems und mitbestimmungspflichtige Einführung eines neuen Zulagensystems, sondern vielmehr als eine untrennbare, mitbestimmungspflichtige Änderung des bestehenden Zulagensystems.¹⁴²⁰ Würde der Betriebsrat hierbei nicht Gelegenheit haben, seine Vorstellungen über den Abbau des alten Systems und die Einführung eines neuen Systems schon beim Widerruf zur Geltung zu bringen, bliebe er von einem Teil der ihm zugewiesenen Mitbestimmung ausgeschlossen. Er müßte die vom Arbeitgeber einseitig geschaffene Ausgangslage hinnehmen und wäre darauf verwiesen, erst im zweiten Verfahrensabschnitt seine Vorstellungen geltend zu machen. Eine

¹⁴¹⁶ Dazu BAG, AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

¹⁴¹⁷ BAG, AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter 3. der Gründe; vgl. auch die später ergangene konforme Rspr. des BAG (BAG, AP Nrn. 53 und 86 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; Urt. v. 26.5.1998 - 1 AZR 704/97 (n.n.v., demnächst BAG, EzA Nr. 65 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung)) im Zusammenhang mit der unterschiedlichen arbeitgeberseitigen Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf übertarifliche Geldzulagen, um das verbleibende Zulagenvolumen neu verteilen zu können.

¹⁴¹⁸ Siehe hierzu Teil 3: C. IV. 2. b) bb) (3) (a) (cc).

¹⁴¹⁹ Vgl. BAG, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter 3. a) der Gründe.

¹⁴²⁰ So auch vom Ergebnis her bei der Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf übertarifliche Geldzulagen BAG, AP Nr. 86 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter II. 2. c) der Gründe.

solche Einschränkung der Mitbestimmung sei mit § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht vereinbar.¹⁴²¹

Im Zusammenhang mit der Kürzung eines übertariflichen Urlaubsgeldes um einen für alle anspruchsberechtigte Arbeitnehmer gleichen Prozentsatz hielt der 1. Senat in seinem Beschluß vom 10.2.1988 diesen teilweisen Widerruf des Arbeitgebers ebenfalls für mitbestimmungspflichtig.¹⁴²² Begründet wurde dies damit, daß die gleichmäßige Weitergabe der Kürzung an alle in Betracht kommenden Arbeitnehmer nur eine der möglichen Entscheidungen gewesen sei. Sie sei nicht zwingend gewesen und hätte deshalb der Mitbestimmung des Betriebsrates bedurft. Es hätte vernünftig und auch zweckmäßig sein können, etwa aufgrund der Dauer der Betriebszugehörigkeit, des Leistungsgrades oder der Einordnung in die jeweilige Tariflohngruppe, das übertarifliche Urlaubsgeld unterschiedlich zu kürzen.¹⁴²³ Obwohl der 1. Senat die eigentliche Kürzung dieser übertariflichen Zulage nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates unterwarf, hielt er die Reduzierung der übertariflichen Urlaubsgelder nur dann für wirksam, wenn der Betriebsrat erklärt hatte, daß er gegen die vorhergesehene Verteilung der Kürzung keine Einwendungen habe.¹⁴²⁴ Damit bestätigte der 1. Senat seine vorherige Rechtsprechung vom 13.1.1987, in der er die generelle Kürzung einer Akkordvorgabezeit um 1,5 % als mitbestimmungspflichtig ansah.¹⁴²⁵

Anhand der dargestellten Rechtsprechung zeigt sich, daß das Bundesarbeitsgericht sowohl den arbeitgeberseitigen teilweisen als auch den gänzlichen Widerruf (mit anschließender Neugewährung) der übertariflichen Geldzulagen für mitbestimmungspflichtig hält, wobei das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates hierbei direkt an die Widerrufsentscheidung des Arbeitgebers angeknüpft wird. Zunächst unbeantwortet blieb in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Widerruf auch dann mitbestimmungspflichtig ist, wenn der Arbeitgeber die übertariflichen Gelder gänzlich streichen und überhaupt nicht mehr gewähren will. Diese Widerrufskonstellation wurde bislang vom Bundesarbeitsgerichts nur im Zusammenhang mit einer Tarifloohnerhöhung erörtert. Der 1. Senat beispielsweise geht in seinen Beschlüssen vom 13.2.1990,¹⁴²⁶ die er dem Großen Senat zur Entscheidung vorgelegt hat, davon aus, daß der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei die übertariflichen Geldzulagen

¹⁴²¹ Vgl. BAG, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter 3. a) der Gründe.

¹⁴²² Siehe hierzu BAG, AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

¹⁴²³ So BAG, AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter II. 4. c) der Gründe.

¹⁴²⁴ Vgl. BAG, AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter II. 4. c) der Gründe.

¹⁴²⁵ Siehe BAG, AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. 2. b) der Gründe.

¹⁴²⁶ BAG, AP Nrn. 43 und 44 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Tariflohnerhöhung gänzlich widerrufen könne. Entfielen nämlich alle Zulagen durch die Anrechnung, entfalle auch die Notwendigkeit einer Verteilungsentscheidung und damit ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates.¹⁴²⁷ Diese Meinung wird vom Großen Senat in seinem grundlegenden Beschluß vom 3.12.1991 geteilt.¹⁴²⁸ Auch er ist der Ansicht, daß das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates entfällt, wenn die Anrechnung beziehungsweise der Widerruf des Arbeitgebers zum vollständigen Wegfall aller Geldzulagen führt, weil dann kein Zulagenvolumen mehr vorhanden ist, das verteilt werden könnte.¹⁴²⁹ Angesichts dieser Rechtsprechung, die durch zahlreiche weitere Entscheidungen bestätigt wurde,¹⁴³⁰ setzt das Bundesarbeitsgericht im Zusammenhang mit dem Widerruf übertariflicher Geldzulagen anläßlich einer Tariflohnerhöhung seine Tradition fort, die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bereits bei dieser Arbeitgebermaßnahme anzuknüpfen.¹⁴³¹

2. Auffassung der Rechtslehre

Auch in der Rechtslehre wird der arbeitgeberseitige teilweise oder gänzliche Widerruf übertariflicher Geldzulagen nur am Rande erörtert. Das Gros der Autoren setzt sich bislang fast ausschließlich mit dem in der arbeitsrechtlichen Praxis viel häufiger vorkommenden teilweisen oder gänzlichen Arbeitgeberwiderruf dieser Zulagen anläßlich einer Tariflohnerhöhung auseinander.¹⁴³² Diejenigen Autoren, die sich zu dem hier zu erörternden „Normalfall“ des Arbeitgeberwiderrufes geäußert haben, lehnen die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts fast ausschließlich ab.¹⁴³³ Im Mittel-

¹⁴²⁷ Vgl. BAG, AP Nrn. 43 und 44 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung jeweils unter C. II. der Gründe.

¹⁴²⁸ BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

¹⁴²⁹ So BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung LS 4 und unter C. III. 6. a) der Gründe.

¹⁴³⁰ Vgl. BAG, Urt. v. 26.5.1998 - 1 AZR 704/97 (n.n.v., demnächst BAG, EzA Nr. 65 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung); AP Nrn. 53, 54, 71, 72, 73, 80, 85, 86 und 88 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; AP Nrn. 7 und 8 zu § 27 BAT.

¹⁴³¹ Dies zeigt sich besonders deutlich bei dem teilweisen Widerruf anläßlich einer Tariflohnerhöhung, der nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts dann mitbestimmungspflichtig ist, wenn sich durch ihn die Verteilungsgrundsätze der Geldzulagen ändern; vgl. BAG, Urt. v. 26.5.1998 - 1 AZR 704/97 ab II. 2. a) der Gründe (n.n.v., demnächst BAG, EzA Nr. 65 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung); AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung LS 3 und unter C. III. 5. und 6. c) der Gründe.

¹⁴³² Siehe hierzu die zahlreichen Literaturnachweise bei GK-BetrVG, Wiese, § 87 Rnn. 870 und 874 ff.

¹⁴³³ Vgl. dazu Krauß, Widerruf von Arbeitgeberleistungen, S. 190 ff.; Rau, Die Systematik, S. 160 ff.; Ziepke, Anrechnung und Widerruf, S. 76 f.; Meisel, BB 1991, S. 406, 412; a.A. Richardi, BetrVG, § 87 Rn. 842; Misera, gemeins. Anm. zu BAG, AP Nrn. 4 und 12 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Bl. 4 ff.; im Zusammenhang mit der Anrechnung einer Tariflohnerhöhung Herbst (Herbst, DB 1987, S. 738 ff.) und Trittin (Trittin, AiB 1988, S. 81 ff.), die beide die „Topftheorie“ in der hier vertretenen Form

punkt ihrer Kritik steht hierbei die Entscheidung des 3. Senats vom 3.8.1982, welcher den arbeitgeberseitigen Widerruf der gesamten übertariflichen Geldzulagen mit deren daran anschließenden Neuverteilung rechtlich als teilweisen, insgesamt mitbestimmungspflichtigen Widerruf qualifizierte. An dieser Rechtsprechung wird übereinstimmend kritisiert, daß sie dem Grundsatz der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers, überhaupt eine zusätzliche Leistung zu gewähren, widerspricht. *Bommernann, Krauß* und *Rau* sehen in der Mitbestimmungspflicht des Widerrufs die Gefahr deren „überschießender Wirkung“. Sie erkennen das Problem, daß wenn bereits der Widerruf des Arbeitgebers mitbestimmungspflichtig wäre, dieser die übertariflichen Geldzulagen so lange weiter zahlen müßte, bis er eine Einigung mit dem Betriebsrat über die Neuverteilung der Zulagen erzielt hätte.¹⁴³⁴ Würde sich der Betriebsrat bei diesen Verhandlungen „querstellen“ oder dabei „bummeln“,¹⁴³⁵ könnte der Arbeitgeber unter Umständen auch über einen längeren Zeitraum hinweg zu „freiwilligen“ Leistungen verpflichtet werden, die er in der bisherigen Höhe nicht mehr gewähren will und deren Erbringung der Betriebsrat eigentlich nicht erzwingen kann.¹⁴³⁶ Um dieses zu verhindern und um der Dogmatik der „Topftheorie“ gerecht zu werden, schlagen *Bommernann* und *Rau* vor, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber die übertariflichen Geldzulagen durch den Widerruf teilweise oder gänzlich streichen will, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG erst bei der Neuverteilung dieser Gelder (sofern es noch solche zu verteilen gibt) anzuknüpfen.

a) Die Ansicht von *Rau*

Rau trennt bei dem teilweisen oder gänzlichen Arbeitgeberwiderruf streng zwischen dem mitbestimmungsfreien Dotierungsrahmen und den mitbestimmten Verteilungsgrundsätzen, indem sie diese Arbeitgebermaßnahmen jeweils in drei rechtlich selbständige Schritte unterteilt, nämlich: 1. in eine mitbestimmungsfreie teilweise oder gänzliche Streichung des Zulagenvolumens; 2. in eine mitbestimmungsfreie Festsetzung eines neuen Zulagenvolumens und 3. in eine mitbestimmungspflichtige Neuverteilung dieser Dotierung.¹⁴³⁷ Nach ihrer Ansicht ist der Arbeitgeberwiderruf selbst dann mitbe-

ablehnen und demzufolge auch die Anrechnung mitbestimmungspflichtig halten; sehr konstruktiv zu der gesamten Problematik und den hierzu vertretenen Ansichten *Bommernann*, DB 1991, S. 2185, 2188.

¹⁴³⁴ Krauß, Widerruf von Arbeitgeberleistungen, S. 191; *Rau*, Die Systematik, S. 160; *Bommernann*, DB 1991, S. 2185, 2188.

¹⁴³⁵ So *Rau*, Die Systematik, S. 160.

¹⁴³⁶ So *Bommernann*, DB 1991, S. 2185, 2188.

¹⁴³⁷ Vgl. *Rau*, Die Systematik, S. 162. Dieses dreistufige Modell hat sie im Zusammenhang mit der Frage der betrieblichen Mitbestimmung bei den unterschiedlichen arbeitgeberseitigen Anrechnungsmöglichkeiten einer Tariflohnerhöhung auf übertarifliche Geldzulagen entwickelt (S. 148 ff.) und wegen der Vergleichbarkeit von Anrechnung und Widerruf deshalb auch auf den „normalen“ Widerruf übertragen (S. 162).

stimmungsfrei, wenn der Arbeitgeber bereits zum Zeitpunkt des Widerrufs entschlossen war, übertarifliche Geldzulagen in geringerem Umfang und nach anderen Grundsätzen erneut zu gewähren.¹⁴³⁸

b) Die Ansicht von *Bommernann*

Das dreistufige Lösungsmodell von *Rau* ist stark an den Überlegungen von *Bommernann* angelehnt, der den Widerruf jedoch nur in zwei getrennte Verfahrensabschnitte unterteilt, und zwar: 1. zunächst in eine mitbestimmungsfreie Herabsetzung des bisherigen Zulagenvolumens bis auf Null und 2. erst in einem zweiten Schritt eine unter Beachtung der Mitbestimmung des Betriebsrates vorgenommene Neuverteilung des mitbestimmungsfrei festgelegten neuen Zulagenvolumens.¹⁴³⁹

c) Die Ansicht von *Meisel*

Meisel, der sich ebenfalls konsequent für die Mitbestimmungsfreiheit der teilweisen oder gänzlichen Streichung des übertariflichen Geldzulagenvolumens mit einer sich daran (eventuell) anschließenden mitbestimmungspflichtigen Neuverteilung ausspricht, kritisiert an der Rechtsprechung des 3. und 5. Senats des Bundesarbeitsgerichts, daß diese nicht „scharf“ zwischen dem mitbestimmungsfreien Widerruf und der mitbestimmungspflichtigen Verteilung des Finanzierungsvolumens trenne. Folge man der Auffassung dieser Senate, wäre es widersprüchlich und als kaum sinnvoll zu bezeichnen, den Widerruf sämtlicher Zulagen in voller Höhe mit dem Entschluß, diese zu beseitigen, für rechtswirksam zu halten, einen Widerruf mit dem Ziel, sie in geminderter Höhe weiter zu gewähren, dagegen für rechtsunwirksam.¹⁴⁴⁰

d) Die Ansicht von *Krauß*

Krauß kritisiert zwar auch die „überschießende Wirkung“ der betrieblichen Mitbestimmung als Konsequenz aus der aufgezeigten Rechtsprechung, folgt dieser aber trotzdem, wenn er gleichsam wie das Bundesarbeitsgericht den Widerruf untrennbar mit der mitbestimmungspflichtigen Entscheidung über die Neuverteilung des geänderten Dotierungsrahmens verbindet, sofern der Widerruf unmittelbar zu einer Änderung der Verteilungsgrundsätze führt. Dies sei der Fall, wenn der Arbeitgeber entweder in gleicher Höhe gezahlte

¹⁴³⁸ So *Rau*, Die Systematik, S. 161.

¹⁴³⁹ Vgl. *Bommernann*, DB 1991, S. 2185, 2189 f.

¹⁴⁴⁰ So *Meisel*, BB 1991, S. 406, 412.

Leistungen in unterschiedlicher Höhe oder in unterschiedlicher Höhe gewährte Leistungen in gleicher Höhe widerruft.¹⁴⁴¹

3. Stellungnahme und eigener Lösungsansatz

Sowohl der arbeitgeberseitige teilweise als auch gänzliche Widerruf übertariflicher Geldzulagen ist grundsätzlich mitbestimmungsfrei. Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber bereits zum Zeitpunkt seines Widerrufs beabsichtigt, zukünftig Zulagengelder in geringerem Umfang zu gewähren. Insoweit ist die dargestellte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts abzulehnen und der Ansicht des überwiegenden Schrifttums zu folgen. Die Mitbestimmungsfreiheit ist sogar dann zu befürworten, wenn der Arbeitgeber die Geldzulagen gänzlich widerruft, um sie, ohne Veränderung des Zulagenvolumens nach anderen Grundsätzen verteilen zu können.¹⁴⁴²

Das Bundesarbeitsgericht unterscheidet, worauf auch im Schrifttum zu Recht hingewiesen wird, in allen Entscheidungen bezüglich des Widerrufs (auch im Zusammenhang mit dem Widerruf anlässlich einer Tariflohnerhöhung) nicht hinreichend zwischen mitbestimmungsfreien- und mitbestimmungspflichtigen Arbeitgeberentscheidungen. Dies wurde bereits oben ausführlich an der Entscheidung des 3. Senats vom 3.8.1982 kritisiert, wobei auf die zahlreichen Begründungsschwächen dieses Urteils hingewiesen wurde.¹⁴⁴³ Unverständlich ist, daß sich die Dogmatik des 3. Senats bis heute wie ein roter Faden durch die bestehende Rechtsprechung zum Widerruf übertariflicher Geldzulagen beziehungsweise der Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf diese Zulagen zieht und auch noch weiterhin maßgeblich die diesbezüglichen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts prägt. Als jüngstes Beispiel dafür sind die Urteile vom 9.7.1996 und 26.5.1998 zu nennen, die sich nahtlos in die mitbestimmungsfreundliche Rechtsprechungslinie seit dem Urteil des 1. Senats vom 3.8.1982 und vor allem dem grundlegenden, richtungsweisenden Beschluß des Großen Senats vom 3.12.1991 einfügen.¹⁴⁴⁴ In den genannten Urteilen hat der 1. Senat jeweils im Zusammenhang mit der Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf eine „Leistungszulage“ entschieden, daß selbst dann, wenn der Arbeitgeber die Zulage voll anrechnet oder widerruft und auf dieser Grundlage gleichzeitig eine neue übertarifliche Leistung gewährt, dies als einheitlicher Vorgang anzusehen ist, mit der Folge, daß die formale Auf-

¹⁴⁴¹ Vgl. Krauß, Widerruf von Arbeitgeberleistungen, S. 192; siehe auch dort die von Krauß hierzu skizzierten einzelnen Fallgruppen.

¹⁴⁴² Anders aber Rau (Rau, Die Systematik, S. 160 ff.), die inkonsequenterweise dann einen teilweisen Widerruf annimmt.

¹⁴⁴³ Vgl. hierzu Teil 3: C. IV. 2. b) bb) (3) (a) (cc).

¹⁴⁴⁴ Vgl. BAG, AP Nr. 86 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

spaltung in zwei Akte mitbestimmungsrechtlich unerheblich ist.¹⁴⁴⁵ Aus der Sicht des 1. Senats liegt nur eine Teilanrechnung des Arbeitgebers vor, die in diesem Fall wegen ihrer Veränderung der Verteilungsrelationen mitbestimmungspflichtig ist. Der Arbeitgeber soll danach die Tariflohnerhöhung also nur mit Zustimmung des Betriebsrates auf die Leistungszulagen anrechnen oder kürzen können. Damit wird aber die vom Bundesarbeitsgericht bis heute in ständiger Rechtsprechung vertretene und in den angesprochenen Entscheidungen immer wieder zitierte „Topftheorie“ regelrecht auf den Kopf gestellt. Dem Arbeitgeber verbleiben für ein mitbestimmungsfreies Gestalten des Dotierungsrahmens keine Freiräume mehr, wenn er noch nicht einmal die von ihm freiwillig gewährten Zusatzleistungen mitbestimmungsfrei gänzlich streichen kann, um diese vermindert und/oder nach anderen Grundsätzen verteilen zu können. Hauptkritikpunkt an der gesamten Rechtsprechungslinie ist der Umstand, daß das Bundesarbeitsgericht in Bezug auf den Arbeitgeberwiderruf nicht sauber zwischen mitbestimmungsfreien- und mitbestimmungspflichtigen Komponenten trennt. Wie im Zusammenhang mit der Gewährung übertariflicher Geldzulagen dargelegt wurde, muß dem Betriebsrat selbstverständlich ein Mitbestimmungsrecht bei der näheren Ausgestaltung der Verteilung dieser Gelder zustehen, damit er die innerbetriebliche Lohngerechtigkeit und Transparenz des Lohngefüges wahren kann.¹⁴⁴⁶ Dies muß jedoch nicht zwangsläufig bedeuten, dem Betriebsrat auch bei der Kürzung oder sogar der gänzlichen Streichung der übertariflichen Geldzulagen ein Mitbestimmungsrecht einzuräumen. Gemäß der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei nicht einmal in allen Fällen eine proportionale Kürzung der übertariflichen Geldzulagen vornehmen. Die Entscheidung des 1. Senats vom 10.12.1988 zeigt,¹⁴⁴⁷ daß selbst dann, wenn der Arbeitgeber den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern die Zulagen proportional kürzen sollte, dies unter Umständen mitbestimmungspflichtig sein soll. So ist nach der Auffassung des 1. Senats eine proportionale Kürzung der Zulagen (übertarifliches Urlaubsgeld) keine zwingende, sondern nur eine der möglichen Kürzungsentscheidungen des Arbeitgebers, da es vernünftig und auch zweckmäßig sein könne, das übertarifliche Urlaubsgeld unterschiedlich zu kürzen.¹⁴⁴⁸ Mit dieser Argumentation erachtet der 1. Senat auch eine proportionale Kürzung der übertariflichen Geldzulagen für mitbestimmungspflichtig. Demzufolge könnte der Arbeitgeber übertarifliche Geldzulagen letztlich überhaupt nicht mehr mitbestimmungsfrei kürzen, da nach der hier dargestellten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

¹⁴⁴⁵ So BAG, Urt. v. 26.5.1998 - 1 AZR 704/97 ab II. 2. a), insbes. II. 2. b) bb) der Gründe (n.n.v., demnächst BAG, EzA Nr. 65 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung); AP Nr. 86 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter II. 2. b) der Gründe; zuvor schon AP Nr. 71 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter B. II. 3. der Gründe.

¹⁴⁴⁶ Vgl. hierzu Teil 2: D. II. 1. c) und IV. 2. bis 4.

¹⁴⁴⁷ Vgl. BAG, AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

¹⁴⁴⁸ So BAG, AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter II. 4. c) der Gründe.

sämtliche möglichen Kürzungsformen einem vollumfänglichen Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegen.

Die vom Bundesarbeitsgericht praktizierte Überbewertung der betrieblichen Mitbestimmungskompetenz des Betriebsrates führt zu einer faktischen Einschränkung der eigentlich mitbestimmungsfreien Entscheidung des Arbeitgebers über die Höhe des von ihm zur Verfügung gestellten Dotierungsrahmens. In diesem Zusammenhang war immerhin zu begrüßen, daß der Große Senat in seinem Beschluß vom 3.12.1991 noch die Auffassung vertreten hatte, der Arbeitgeber habe die Möglichkeit, die Tariflohnerhöhung ohne Veränderung der Verteilungsgrundsätze einseitig (mitbestimmungsfrei) auf die übertariflichen Geldzulagen anzurechnen.¹⁴⁴⁹ Mittlerweile gipfelt aber die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in der Mitbestimmungspflichtigkeit im Fall einer Anrechnung oder eines Widerrufs, mit denen der Arbeitgeber die übertariflichen Geldzulagen gänzlich streichen will.¹⁴⁵⁰ Die gravierenden Rechtsfolgen, die aus der Verwischung der Grenzen von mitbestimmungsfreien- und mitbestimmungspflichtigen Arbeitgebermaßnahmen resultieren, sind aber weder für den Arbeitgeber tragbar noch aus dogmatischer Sicht hinnehmbar.

Das Bundesarbeitsgericht bezeichnet in einem neueren Urteil vom 9.7.1996¹⁴⁵¹ wie im Urteil vom 3.8.1982 die zweistufige Vorgehensweise des Arbeitgebers (zuerst vollständiger Widerruf oder Anrechnung, dann Neuverteilung der Leistungszulage) unzutreffend als eine untrennbare, mitbestimmungspflichtige Änderung des bestehenden Zulagensystems. Auch hier wird ohne nähere Begründung die Anrechnung und der Widerruf des Arbeitgebers lediglich als unselbständiger Teil der Neuregelung charakterisiert. Die Begründung des Bundesarbeitsgerichts für eine einheitliche Konzeption aufgrund der zeitlichen Nähe von Widerruf und Neuverteilung vermag jedoch nicht zu überzeugen und erscheint wenig durchdacht. Unter Zugrundelegung seiner Argumentation ist es nämlich problematisch, zweifelsfrei einerseits den Zeitpunkt festzustellen, bis zu welchem nach der gänzlichen Streichung der Geldzulagen die Neuverteilung der Zulagengelder noch eine Änderung des bestehenden Zulagensystems darstellt, andererseits den Zeitpunkt, ab welchem von einer Neugewährung der Geldzulagen auszugehen ist. Die Annahme einer einheitlichen Konzeption von Widerruf und Neuverteilung der übertariflichen Geldzulagen seitens des Bundesarbeitsgerichts hängt wohl auch maßgeblich damit zusammen, daß der 1. Senat bei dem vollständigen Widerruf des Arbeitgebers auf dessen damit beabsichtigten Zweck abstellt (im relevanten Fall wollte der Arbeitgeber die Leistungszulage gänzlich

¹⁴⁴⁹ Siehe BAG, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter D. II. der Gründe.

¹⁴⁵⁰ Vgl. BAG, AP Nr. 86 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

¹⁴⁵¹ Bestätigt durch das Urteil des BAG vom 26.5.1998 - 1 AZR 704/97 (n.n.v., demnächst BAG, EzA Nr. 65 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung).

streichen, um sie anschließend neu gewähren zu können). Diese subjektive Betrachtungsweise des Widerrufs birgt jedoch erhebliche Rechtsunsicherheiten in sich, was schon im Zusammenhang mit der Nachwirkungslage einer vom Arbeitgeber gekündigten betrieblichen Geldzulagenregelung aufgezeigt wurde. Die Nachwirkungslage wird vom Bundesarbeitsgericht in Abhängigkeit von den arbeitgeberseitigen Kündigungsabsichten beurteilt.¹⁴⁵² Auch hier ist fraglich, ob das Bundesarbeitsgericht den Widerruf auch dann als „einheitliche Konzeption“ bezeichnen würde, wenn der Arbeitgeber beispielsweise zum Zeitpunkt des Widerrufs gar nicht beabsichtigt, seinen Arbeitnehmern zukünftig übertarifliche Geldzulagen in vermindertem Umfang zu gewähren, an seinem Vorhaben aber nicht festhält, sondern kurz nach der gänzlichen Streichung der Zulagen diese Gelder seiner Belegschaft dann doch wieder gewährt. Die Abgrenzung zwischen einem teilweisen Widerruf, also einer einheitlichen Konzeption und einem vollständigen Widerruf mit anschließender Neugewährung würde sicherlich dem Bundesarbeitsgericht einige Schwierigkeiten bereiten.

Das Bundesarbeitsgericht geht unzutreffend davon aus, daß mit dem Arbeitgeberwiderruf die endgültige Verteilung des gekürzten Zulagenvolumens an die weiterhin in den Genuß von Geldzulagen kommenden Arbeitnehmer beginne und für diejenigen Arbeitnehmer ende, die keine Zulage mehr erhalten sollen. Aus diesem Grund knüpft es generell die betriebliche Mitbestimmung an die Widerrufsentscheidung des Arbeitgebers an, auch wenn es in seinen zahlreichen Entscheidungen immer wieder äußert, nicht die Kürzungsentscheidung, sondern allein die Neuverteilung des geänderten Zulagenvolumens unterliege der Mitbestimmung. Die Verteilung der Zulagengelder endet für die von dem Widerruf betroffenen Arbeitnehmer jedoch nicht bereits mit dem eigentlichen Widerruf. Denn wer von dem neuen, insgesamt reduzierten Zulagenvolumen mehr oder weniger als zuvor oder überhaupt nichts mehr erhalten soll, steht erst fest, wenn sich Arbeitgeber und Betriebsrat auf einen neuen Verteilungsplan geeinigt haben beziehungsweise die Einigungsstelle ihren die Einigung ersetzenden Spruch gefällt hat. Der teilweise oder vollständige Widerruf des Arbeitgebers bewirkt nur, daß alle Arbeitnehmer zunächst ihre Ansprüche auf übertarifliche Geldzulagen gegenüber ihrem Arbeitgeber verlieren, dagegen wird durch ihn noch „nichts“ verteilt.

Die Umgestaltung übertariflicher Leistungen seitens des Arbeitgebers ist, entgegen der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts, unabhängig von Widerrufsabsichten oder zeitlichen Komponenten grundsätzlich in drei rechtlich selbständige Schritte zu unterteilen: 1. zunächst kann der Arbeitgeber mittels seines Widerrufs mitbestimmungsfrei das bisherige Zulagenvolumen gänzlich streichen; 2. im nächsten Schritt kann er, falls er weiterhin, aber in geringerem Umfang Zulagengelder gewähren will, mitbestimmungsfrei deren neu-

¹⁴⁵² Siehe hierzu Teil 3: C. IV. 2. b) bb) (3) (a) (dd).

en Dotierungsrahmen festsetzen und 3. schließlich kann er unter der Mitbestimmung des Betriebsrates die Gelder neu verteilen. Insoweit ist der von *Bommernann* und *Rau* vertretenen Betrachtungsweise,¹⁴⁵³ welche die Mitbestimmung des Betriebsrates an die Neuverteilung der Geldzulagen anknüpft, zu folgen. Im Einklang mit der „Topftheorie“ können die Probleme nach meinem Dafürhalten nur gelöst werden, wenn man bei einem teilweisen Widerruf des Arbeitgebers ebenso wie bei einem vollständigen, immer zunächst von einer gänzlichen Streichung der Geldzulagen ausgeht, die nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich mitbestimmungsfrei ist. Es ist zwar richtig, daß der Arbeitgeber mittels seines teilweisen Widerrufs der übertariflichen Geldzulagen die Zulagen in einem äußerlich einheitlich erscheinenden Vorgang im Ergebnis insgesamt kürzt oder reduziert, präzise betrachtet realisiert er dieses Ziel aber durch eine gänzliche Streichung der Geldzulagen und einer sich daran anschließenden Neuverteilung der von ihm neuerdings zur Verfügung gestellten Zulagen. Nur diese rechtliche Betrachtungsweise des teilweisen Arbeitgeberwiderrufes wird der Dogmatik der „Topftheorie“ hinreichend gerecht. Nur so lassen sich im Sinne dieser Theorie die mitbestimmungsfreie Primärentscheidung des Arbeitgebers über den Dotierungsrahmen der übertariflichen Geldzulagen und seine mitbestimmungspflichtige Sekundärentscheidung über deren Verteilung hinreichend voneinander trennen. Die anderen rechtlichen Bewertungen des teilweisen Arbeitgeberwiderrufes, insbesondere die des Bundesarbeitsgerichts sind dagegen, wie geschildert, dogmatisch unsauber und vermögen aufgrund ihrer Argumentation nicht zu überzeugen.¹⁴⁵⁴

Beachtet der Arbeitgeber bei der Neuverteilung der Geldzulagen die betriebliche Mitbestimmung nicht und übergeht den Betriebsrat, so ist nur seine Neuverteilungsentscheidung unwirksam. Seine Streichungsentscheidung wird dagegen von dieser Unwirksamkeit nicht berührt. Vielmehr entfallen die Zahlungsansprüche der Arbeitnehmer auf übertarifliche Geldzulagen bis zur Einigung mit dem Betriebsrat über die Verteilungsgrundsätze dieser Gelder zunächst vollständig. Nur so wird die oben aufgezeigte „überschießende Wirkung“ der betrieblichen Mitbestimmung ausgeschlossen und die Mitbestimmungsfreiheit des Dotierungsrahmens im Sinne der „Topftheorie“ gewahrt.¹⁴⁵⁵ Die im Ergebnis mitbestimmungsfreie Reduzierung des übertariflichen Zulagenvolumens und die Anknüpfung der Mitbestimmungsrechte an die Neu-

¹⁴⁵³ Wobei *Rau* ihr Drei-Stufen-Modell von *Bommernann* abgeleitet hat, der nur von zwei Stufen ausgeht, aber zu dem selben Ergebnis gelangt.

¹⁴⁵⁴ Das Gedankenmodell von *Rau* ist also insofern zu modifizieren, als der teilweise Arbeitgeberwiderruf zunächst zu einer gänzlichen Streichung der Geldzulagen führt. Nur dann ist ihre drei-stufige Betrachtungsweise des teilweisen Widerrufs in sich schlüssig und nur dann machen auch die anderen nachfolgenden zwei „Stufen“ des Widerrufs Sinn.

¹⁴⁵⁵ Im Ergebnis ebenso *Rau*, *Die Systematik*, S. 160 ff.; *Bommernann*, DB 1991, S. 2185, 2188.

verteilung der Geldzulagen hat für die Arbeitnehmer keine finanziellen Nachteile zur Folge. Der Betriebsrat kann nämlich aufgrund seines erzwingbaren Mitbestimmungsrechtes nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG all seine Vorstellungen bei der Neuverteilung dieser Gelder im Interesse der anspruchsberechtigten Arbeitnehmer einbringen.

Darüber hinaus ist noch folgendes zu bedenken: Der Beschluß des Großen Senats vom 3.12.1991 verdeutlicht, welche mitunter komplizierten, unterschiedlichen Möglichkeiten der Anrechnung und des Widerrufs übertariflicher Geldzulagen anlässlich einer Tariflohnerhöhung dem Arbeitgeber zustehen. Gemäß der herrschenden Rechtsprechung kann der Arbeitgeber eine Kürzung der Zulagengelder mitbestimmungsfrei grundsätzlich nur vornehmen, wenn er die einzelnen Zulagen proportional zueinander kürzt.¹⁴⁵⁶ Angesichts der zum Teil vielschichtigen und diffizilen Verteilungsmechanismen von Geldzulagen kann eine solche Kürzung vom Arbeitgeber in der Regel nur mit sehr komplexen Rechenkonstruktionen durchgeführt werden. Daß dem Arbeitgeber bei diesen Berechnungen Fehler unterlaufen, wird nicht immer zu vermeiden sein. Damit schwebt aber ein vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung bestätigtes „Damokles-Schwert“ über dem Kopf des Arbeitgebers. Will dieser das Risiko der hiermit verbundenen finanziellen Belastungen ausschließen, wird er, auch wenn er die Geldzulagen eigentlich nur kürzen will, diese zunächst vollständig widerrufen, „einige“ Zeit verstreichen lassen und dann eine Neugewährung vornehmen. Nur so kann sich der Arbeitgeber vollständig der „überschießenden Wirkung“ der Mitbestimmung entziehen. Daß dieses, dem Arbeitgeber durch die Rechtsprechung regelgerecht oktroyierte Verhalten nicht in seinem und noch weniger im Interesse seiner Belegschaft liegt und obendrein dem Betriebsfrieden nicht gerade förderlich ist, bedarf keiner weiteren Ausführungen.

TEIL 4: ZUSAMMENFASSUNG

Übertarifliche Geldzulagen kann der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern sowohl durch Einzelarbeitsvertrag, Allgemeine Arbeitsbedingungen (arbeitsvertragliche Einheitsregelung, Gesamtzusage, betriebliche Übung) als auch durch Betriebsvereinbarung zusagen, wobei er bei den verschiedenen Gewährungsformen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten hat.

Hat die Regelung einen kollektiven Bezug wie zum Beispiel eine betriebliche Zulagenordnung, so hat der Betriebsrat gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

¹⁴⁵⁶ Wobei selbst eine proportionale Kürzung der übertariflichen Geldzulagen mitbestimmungspflichtig sein kann; vgl. BAG, AP Nr. 33 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung unter II. 4. c) der Gründe.

stets ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht bei der näheren Ausgestaltung der übertariflichen Geldzulagen. Dazu zählen die Modalitäten im Rahmen der generellen Zweckvorgaben des Arbeitgebers, einschließlich der Grundsätze für die Verteilung der übertariflichen Geldzulagen und des Verfahrens zur Leistungsbeurteilung. Dagegen unterliegt entsprechend der „Topftheorie“ der Dotierungsrahmen der übertariflichen Geldzulagen nicht dem erzwingbaren Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates, da dieser keine Lohnpolitik in dem Sinne betreiben darf, über die Lohnhöhe mitzuentcheiden. Deshalb steht dem Betriebsrat auch kein Zustimmungsverweigerungsrecht zu, falls der Arbeitgeber übertarifliche Geldzulagen einführen will.

Befindet sich der Arbeitgeber in wirtschaftlichen Schwierigkeiten, stehen ihm für die Kürzung oder Streichung der übertariflichen Geldzulagen verschiedene rechtliche Mittel zur Verfügung. Dazu zählen im Fall der Zulagengewährung durch Individualarbeitsvertrag oder Allgemeinen Arbeitsbedingungen:

1. Die Ausübung eines jeweils im Arbeitsvertrag ausdrücklich oder konkludent vorbehaltenen Widerrufs (Massenwiderruf).
2. Eine einvernehmliche Abänderung des Arbeitsvertrages oder der Arbeitsverträge.
3. Eine betriebsbedingte ordentliche oder eventuell außerordentliche Änderungskündigung des Arbeitsvertrages auch in Form einer Massenänderungskündigung der Arbeitsverträge. Dabei kommt auch eine Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage des jeweiligen Arbeitsvertrages aufgrund einer wirtschaftlichen Notlage in Betracht.
4. Falls der Einzelarbeitsvertrag ausnahmsweise betriebsvereinbarungsoffen ist, kann sich der Arbeitgeber mit Hilfe des Betriebsrates auch durch eine ablösende „verschlechternde“ Betriebsvereinbarung von seiner Geldzulagenzahlungspflicht teilweise oder gänzlich lösen. Ist der Vorbehalt der Betriebsvereinbarungsoffenheit von den Arbeitsvertragsparteien dagegen nicht vereinbart worden, scheidet hinsichtlich der Geldzulagen eine „Schlechterstellung“ der einzelnen Arbeitnehmer aus. Insofern gilt das „individuelle“ Günstigkeitsprinzip. Dies gilt auch für die Gewährung durch Allgemeine Arbeitsbedingungen. Insbesondere ist diesbezüglich nicht das „kollektive“ Günstigkeitsprinzip anzuwenden.

Bei der Zulagengewährung durch eine Betriebsvereinbarung stehen dem Arbeitgeber folgende Kürzungs- oder Streichungsmöglichkeiten zur Verfügung:

1. Eine Aufhebung oder Abänderung der betrieblichen Geldzulagenregelung durch eine nachfolgende „verschlechternde“ Betriebsvereinbarung.
2. Eine ordentliche oder eventuell außerordentliche Kündigung der Betriebsvereinbarung, wobei in beiden Fällen der Kündigung jegliche Nachwirkung entfällt. Dabei kommt auch die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage der Betriebsvereinbarung aufgrund einer wirtschaftlichen Notlage in Betracht.

Die aufgeführten einzelnen individual- und kollektivrechtlichen Instrumente, die dem Arbeitgeber für die Kürzung oder Streichung übertariflicher Geldzulagen zur Verfügung stehen, sind teilweise lückenhaft und nicht aufeinander abgestimmt. Dies zeigt sich in der arbeitsrechtlichen Praxis im Verhältnis zwischen dem individualrechtlichen Widerruf des Arbeitgebers im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB und der Änderungskündigung nach § 2 KSchG, in besonderem Maße aber zwischen einem solchen Arbeitgeberwiderruf und der ordentlichen Kündigung der in einer Betriebsvereinbarung enthaltenen betrieblichen Geldzulagenregelung nach § 77 Abs. 5 BetrVG.

Eine rechtliche Harmonisierung dieser Kürzungs- und Streichungsinstrumente ist jedoch in der Weise zu erreichen, daß der Arbeitgeber den individualrechtlichen Widerruf der übertariflichen Geldzulagen nicht nur, wie allgemein angenommen, nach billigem Ermessen im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB, sondern - sofern er sich das ausdrücklich vorbehalten hat - auch nach freiem Belieben ausüben kann.

Zwischen dem individualrechtlichen Widerruf nach freiem Belieben und der ordentlichen Kündigung einer Betriebsvereinbarung über die betriebliche Geldzulagenregelung nach § 77 Abs. 5 BetrVG besteht eine Übereinstimmung hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und Wirkungen. Zur Rechtssicherheit und auch zur Rechtsklarheit, sowohl für die Arbeitgeber- als auch für die Arbeitnehmerseite, sollte die freie Kündbarkeit von Betriebsvereinbarungen und die Zulassung des an keine Gründe gebundenen Widerrufs aufgrund entsprechender Widerrufsvorbehalte nicht eingeschränkt werden. Diese Lösung birgt die geringsten Wertungskonflikte zwischen den genannten Rechts-instituten.

Eine nach § 77 Abs. 5 BetrVG vom Arbeitgeber ordentlich gekündigte betriebliche Geldzulagenregelung entfaltet nach Ablauf ihrer gesetzlichen Kündigungsfrist von drei Monaten oder einer anderen, mit dem Betriebsrat vereinbarten Kündigungsfrist, keine Nachwirkung im Sinne des § 77 Abs. 6 BetrVG. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber mit der Kündigung beabsichtigt, das Geldzulagenvolumen zu reduzieren und gleichzeitig die Verteilungsgrundsätze zu verändern. Für die Nachwirkungslage der teilmitbestimmten Zulagenregelung ist es unbeachtlich, welche Absichten der Arbeitgeber mit seiner Kündigung verfolgt. Arbeitgeber und Betriebsrat können die Nachwirkung der übertariflichen Geldzulagen regelnden Betriebsvereinbarung nicht im vorhinein betrieblich vereinbaren. Geschieht dies trotzdem, so ist die Nachwirkungsklausel nach §§ 134, 138 Abs. 1 BGB unwirksam.

Kürzt oder streicht der Arbeitgeber aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten durch eine Vielzahl von Einzelwiderrufen oder durch einen Massenwiderruf die durch Individualarbeitsvertrag oder durch Allgemeine Arbeitsbedingungen zugesagten übertariflichen Geldzulagen, sind diese Widerrufe mitbe

stimmungsfrei. Dabei ist im Falle der Kürzung der übertariflichen Geldzulagen der äußerlich einheitlich erscheinende Kürzungsvorgang technisch in drei selbständige Schritte aufzuteilen: 1. zunächst kann der Arbeitgeber mittels seines Widerrufs das bisherige Zulagenvolumen mitbestimmungsfrei gänzlich streichen; 2. im nächsten Schritt kann er mitbestimmungsfrei einen neuen Dotierungsrahmen festsetzen und 3. schließlich kann er die noch zur Verfügung gestellte Dotierungsmasse an die Belegschaft neu verteilen, wobei erst hier die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG anknüpfen. Nur so kann im Sinne der „Topftheorie“ hinreichend zwischen mitbestimmungsfreien Primärentscheidungen und mitbestimmungspflichtigen Sekundärentscheidungen des Arbeitgebers unterschieden werden. Das Bundesarbeitsgericht sollte sich darauf besinnen, die von ihm in ständiger Rechtsprechung vertretene und anerkannte „Topftheorie“ nicht nur bei der Gewährung, sondern auch gerade bei der Kürzung übertariflicher Geldzulagen konsequent anzuwenden.

Das „kollektive“ Günstigkeitsprinzip würde in den erörterten Fällen zu einer Mitbestimmung über den Dotierungsrahmen führen und kann deshalb hier keine Geltung beanspruchen.

Der hier vorgestellte, streng am Gesetz orientierte rechtliche Harmonisierungsversuch der verschiedenen individual- und kollektivrechtlichen Kürzungs- und Streichungsinstrumente übertariflicher Geldzulagen ist geeignet, deren Voraussetzungs- und Wirkungslücken zu schließen sowie die zwischen ihnen bestehenden Wertungswidersprüche zu vermeiden.

LITERATURVERZEICHNIS

- Adomeit, Klaus:* Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, München 1969, (zit.: Adomeit, Rechtsquellenfragen).
- ders.:* Mitbestimmung durch schlüssiges Verhalten des Betriebsrates, RdA 1963, S. 263-266.
- Ahrend, Peter:* Die ablösende Betriebsvereinbarung im Ruhegeldrecht - ein Beitrag zum „sozialen Fortschritt“ ? in: Festschrift für **Marie Luise Hilger** und **Hermann Stumpf**, München 1983, S. 17-30, (zit.: Ahrend, FS für Hilger und Stumpf).
- Ahrend, Peter / Förster, Wolfgang / Rühmann, Jochen:* Die abändernde und ablösende Betriebsvereinbarung, BB 1987, Beilage Nr. 7, S. 1-20.
- dies.:* Die ablösende Betriebsvereinbarung - Instrument zur Anpassung betrieblicher Versorgungsregelungen - Zugleich eine Besprechung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 8.12.1981 - 3 ABR 53/80 und 3 AZR 518/80, DB 1982, S. 224-230.
- Ascheid, Reiner:* Kündigungsschutzrecht, Stuttgart 1993, (zit.: Ascheid, KSchR).
- ders.:* Änderung der Geschäftsgrundlage und wirtschaftliche Notlage, in: **Hromadka, Wolfgang**, Änderung von Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1990, S. 109-144, (zit.: Ascheid, in: Hromadka, Änderung).

- Auffarth, Fritz:** Zur Bedeutung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972 für eine paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene,
RdA 1976, S. 2-5.
- Backhaus, Ludger:** Die arbeitnehmerbegünstigende betriebliche Übung in der Rechtsprechung des BAG,
ArbuR 1983, S. 65-75.
- Badura, Peter:** Die Verfassung als Auftrag, Richtlinie und Grenze der wirtschafts- und arbeitspolitischen Gesetzgebung,
WiR 1974, S. 1-28.
- Barkey-Heine, Annette:** Inhaltliche Kontrollmaßstäbe für die gerichtliche Überprüfung der betriebsverfassungsrechtlichen Einigungsstelle,
Münster 1993,
(zit.: Barkey-Heine, Inhaltliche Kontrollmaßstäbe).
- Becker, Friedrich:** Zur Inhaltskontrolle von Allgemeinen Arbeitsbedingungen,
NJW 1973, S. 1913-1918.
- Becker, Friedrich /
Etzels, Gerhard /
Fischermeier, Ernst /
Friedrich, Hans-Wolf /
Lipke, Gert-Albert /
Pfeiffer, Thomas /
Rost, Friedhelm /
Spilger, Andreas Michael /
Weigand, Horst /
Wolff, Ingeborg:** Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften,
5. Auflage Neuwied 1998,
(zit.: GK-KR, Bearbeiter).
- Beckers, Markus:** Jahressonderzahlungen: Wegfall der Zahlungsverpflichtung - Zulässigkeit von Bindungs- und Rückzahlungsklauseln,
NZA 1997, S. 129-138.

- Belling, Detlev W.:** Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, Berlin 1984,
(zit.: Belling, Günstigkeitsprinzip).
- ders.:** Das Günstigkeitsprinzip im Betriebsverfassungsrecht - Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BAG vom 12.8.1982 - 6 AZR 1117/79 - DB 1982, 1775, DB 1982, S. 2513-2517.
- ders.:** Das Günstigkeitsprinzip nach dem Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 16.9.1986, DB 1987, S. 1888-1895.
- Bellmann, Lutz / Kohaut, Susanne:** Effektiv- und Tariflöhne in der Bundesrepublik Deutschland - Eine empirische Analyse auf der Basis des IAB-Betriebspanels, Vortrag auf der Anglo German Conference on Workplace and Establishment Panel Surveys am 11./12.10.1994 in Nürnberg, leicht modifizierte Fassung in: **Gerlach, Knut**, Determinanten der Lohnbildung - Theoretische und empirische Untersuchungen, Berlin 1995, S. 72-93,
(zit.: Bellmann/Kohaut, Effektiv- und Tariflöhne in der Bundesrepublik Deutschland).
- Bengelsdorf, Peter / Ramrath, Ulrich / Köster, Hans Wilhelm / Meisel, Peter G. / Schiefer, Bernd / Sowka, Hans-Harald:** Kündigungsschutzgesetz, Kölner Praxis-kommentar unter sozialrechtlicher Bezüge, Köln 1996,
(zit.: KPK, Bearbeiter).
- Berkowsky, Wilfried:** Die betriebsbedingte Kündigung, 4. Auflage, München 1997,
(zit.: Berkowsky, Die betriebsbedingte Kündigung).
- Betz, Gernot:** Die Änderungskündigung des Arbeitgebers, Mannheim 1972,
(zit.: Betz, Die Änderungskündigung).

- Bichler, Hubert:** Nochmals: Zur Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen über Arbeitsbedingungen für AT-Angestellte, DB 1979, S. 1939-1942.
- Blomeyer, Wolfgang:** Die zulässige Ungleichbehandlung im Arbeitsrecht - Dargestellt am Beispiel der betrieblichen Ruhegelder, in: Arbeitsleben und Rechtspflege, Festschrift für **Gerhard Müller**, Berlin 1981, S. 51-69, (zit.: Blomeyer, FS für G. Müller).
- ders.:** Diskussionsbeitrag zu **Belling, Detlev W.**, Das Günstigkeitsprinzip nach dem Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts, in: Wandel der Arbeitswelt als Herausforderung des Rechts, Köln 1988, S. 119-134, (zit.: Blomeyer zu Belling, in: Wandel der Arbeitswelt).
- ders.:** Die Änderung von Versorgungsordnungen, in: **Hromadka, Wolfgang**, Änderung von Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1990, S. 193-219, (zit.: Blomeyer, in: Hromadka, Änderung).
- ders.:** Zur Problematik formloser betrieblicher Einigungen, BB 1969, S. 101-104.
- ders.:** Die „Billigkeitskontrolle“ der abändernden Betriebsvereinbarung über betriebliche Ruhegelder, DB 1984, S. 926-934.
- ders.:** Kündigung und Neuabschluß einer Betriebsvereinbarung über teilmitbestimmungspflichtige Sozialleistungen, DB 1985, S. 2506-2510.
- ders.:** Die „ablösende Betriebsvereinbarung“ im Meinungsstreit, NZA 1985, S. 641-647.

- ders.:*** Das kollektive Günstigkeitsprinzip - Bemerkungen zum Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 16.9.1986, DB 1987, S. 634-638.
- ders.:*** Nachwirkung und Weitergeltung abgelaufener Betriebsvereinbarungen über „freiwillige“ Sozialleistungen, DB 1990, S. 173-177.
- ders.:*** Anmerkung zum Urteil des BAG vom 3.4.1974 - 4 AZR 273/73, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie, Bl. 3-7.
- ders.:*** Anmerkung zum Urteil des BAG vom 18.12.1975 - 3 AZR 58/75, AP Nr. 170 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Bl. 4-8.
- Blomeyer, Wolfgang / Otto, Klaus:*** Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Kommentar, 2. Auflage, München 1997, (zit.: Blomeyer/Otto, BetrAVG).
- Boemke, Burkhard:*** Privatautonomie im Arbeitsvertragsrecht, NZA 1993, S. 532-538.
- Boewer, Dietrich:*** Das Initiativrecht des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, DB 1973, S. 522-528.
- Bommernann, Ralf:*** Übertarifliche Zulagen - Anrechenbarkeit und Mitbestimmung, DB 1991, S. 2185-2190.
- Böttcher, Eduard:*** Gleichbehandlung und Waffengleichheit - Überlegungen zum Gleichheitssatz, Heidelberg 1979, (zit.: Böttcher, Gleichbehandlung und Waffengleichheit).
- ders.:*** Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1953, S.161-169.

- ders.:* Der Ansatz des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht,
RdA 1957, S. 317-319.
- ders.:* Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsrecht,
ArbuR 1967, S. 321-326.
- ders.:* Die Ausübung der Tarifmacht durch negative Inhaltsnormen,
RdA 1968, S. 418-420.
- ders.:* Anmerkung zum Urteil des BAG vom 9.6.1967 - 3 AZR 352/66, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Lohnzuschläge, Bl. 4-5.
- Brox, Hans:** Grundbegriffe des Arbeitsrechts, 7. Auflage, Stuttgart 1985, (zit.: Brox, Grundbegriffe).
- Brox, Hans / Rüthers, Bernd:** Arbeitsrecht, 13. Auflage, Köln 1997, (zit.: Brox/Rüthers, ArbR).
- Brox, Hans / Rüthers, Bernd / Schlüter, Wilfried / Jülicher, Friedrich:** Arbeitskampfrecht, 2. Auflage, Berlin 1982, (zit.: Brox/Rüthers/Schlüter/Jülicher, Arbeitskampfrecht).
- Bruns, Rudolf:** „Funktionaler“ und „instrumentaler“ Gehalt der Gestaltungsrechte und Gestaltungsklagerechte, ZZP 78 (1965), S. 264-286.
- Buchner, Herbert:** Der Abbau arbeitsvertraglicher Ansprüche durch Betriebsvereinbarung im System der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten (§ 87 BetrVG), DB 1983, S. 877-887.
- Bull, Hans Peter:** Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Heidelberg 1993, (zit.: Bull, Allg. VerwaltungsR).

- Bulla, Gustaf Adolf:*** Die Nachwirkung der Normen einer beendeten Betriebsvereinbarung, DB 1962, S. 1207-1213.
- Buschmann, Karsten:*** Die einheitliche Änderung betrieblicher Ruhegeldordnungen, Köln 1978, (zit.: Buschmann, Ruhegeldordnungen).
- Busemann, Andreas / Schäfer, Horst:*** Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Auflage, Berlin 1997, (zit.: Busemann/Schäfer, Kündigung und Kündigungsschutz).
- Bydlinski, Franz:*** Verhandlungen des ersten österreichisch-en Juristentages, Band I (Gutachten), 1. Teil: Der Gleichbehandlungsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, Mainz 1961, (zit.: Bydlinski, Gleichbehandlungsgrundsatz).
- ders.:*** Erklärungsbewußtsein und Rechtsgeschäft, JZ 1975, S. 1-6.
- Canaris, Claus-Wilhelm:*** Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, (zit.: Canaris, Vertrauenshaftung).
- ders.:*** Die Allgemeinen Arbeitsbedingungen im Schnittpunkt von Privat und Kollektivautonomie, RdA 1974, S. 18-26.
- ders.:*** Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, S. 161-172.
- Chiotellis, Aristide:*** Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen, München 1981, (zit.: Chiotellis, Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen).

- Coester, Michael:** Zur Ablösung einheitsvertraglicher Leistungsordnungen, BB 1984, S. 797-804.
- Courth, Paul:** Günstigkeitsprinzip und Günstigkeitsvergleich im Spannungsfeld zwischen Individual- und Kollektivrecht, Köln 1969, (zit.: Courth, Günstigkeitsprinzip).
- Dänzer-Vanotti, Christoph / Engels, Dieter:** Möglichkeiten und Grenzen der Lohnsenkung durch Änderungskündigung, DB 1986, S. 1390-1392.
- Däubler, Wolfgang:** Arbeitskampfrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 1987, (zit.: Däubler, Arbeitskampfrecht, Bearbeiter).
- ders.:** Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung ? ArbuR 1984, S. 1-28.
- ders.:** Der gebremste Sozialabbau - Zum Beschluß des Großen Senats des BAG über die „verbösernde“ Betriebsvereinbarung, ArbuR 1987, S. 349-359.
- Däubler, Wolfgang / Kittner, Michael / Klebe, Thomas:** Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 6. Auflage, Kommentar für die Praxis, Frankfurt am Main 1998, (zit.: Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, Bearbeiter).
- Dieterich, Thomas:** Betriebsverfassungsrecht und betriebliche Altersversorgung, NZA 1984, S. 273-278.
- Dietz, Rolf:** Betriebsvereinbarung und Dienstvereinbarung, in: Sozialpolitik, Arbeits- und Sozialrecht, Festschrift für **Friedrich Sitzler** zu seinem 75. Geburtstag, Stuttgart 1956, S. 131-152, (zit.: Dietz, FS für Sitzler).

***Dietz, Rolf /
Richardi, Reinhard:***

Betriebsverfassungsgesetz, Band 2: §§ 74-Schluß mit Betriebsverfassungsgesetz 1952, 6. Auflage, München 1982, (zit.: Dietz/Richardi, BetrVG (6.Aufl.)).

***Dorndorf, Eberhard /
Weller, Bernhard /
Hauck, Friedrich /
Kriebel, Volkhart /
Neef, Klaus:***

Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 3. Auflage, Heidelberg 1999, (zit.: HK-KSchG, Bearbeiter).

***Dörner, Klemens Maria /
Luzak, Stefan /
Wildschütz, Martin:***

Arbeitsrecht in der anwaltlichen und **Luc-**gerichtlichen Praxis, Neuwied 1997, (zit.: Dörner/Luczak/Wildschütz, Arbeitsrecht in der anwaltlichen und gerichtlichen Praxis).

Dreyer, Joachim:

Die einzelvertragliche Einheitsregelung, Hamburg 1966, (zit.: Dreyer, Einheitsregelung).

Dütz, Wilhelm:

Zwangsschlichtung im Betrieb, Kompetenz und Funktion der Einigungsstelle nach dem BetrVG 1972, DB 1972, S. 383-392.

Eberle, Rainer:

Die betriebliche Übung - Insbesondere ihre Rechtsgrundlage sowie die Vermeidung und Beseitigung betrieblicher Übungen und der darauf beruhenden Ansprüche, Heidelberg 1971, (zit.: Eberle, Betriebliche Übung).

Egger, Hartmut:

Gestaltungsrecht und Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsverhältnis, Berlin 1979, (zit.: Egger, Gestaltungsrecht und Gleichbehandlungsgrundsatz).

Eich, Rolf-Achim:

Kürzung übertariflicher Einkommensbestandteile und Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, DB 1980, S. 1340-1346.

- Erichsen, Hans-Uwe:*** Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Auflage, Berlin 1995, (zit.: Erichsen, Allg. VerwaltungsR, Bearbeiter).
- Etzel, Gerhard:*** Betriebsverfassungsrecht - Eine systematische Darstellung, 6. Auflage, Neuwied 1998, (zit.: Etzel, BetrVerfR).
- ders.:*** Zur Zulässigkeit tariflicher Effektivklauseln, ArbuR 1969, S. 257-269.
- Fabricius, Fritz:*** Anmerkung zu Fitting/Auffarth, Betriebsverfassungsgesetz, RdA 1973, S. 125-126.
- Fabricius, Fritz / Kraft, Alfons / Wiese, Günther / Kreutz, Peter / Oetker, Hartmut:*** Betriebsverfassungsgesetz, Band II §§ 74-132 mit Kommentierung des BetrVG 1952 und des Sozialplangesetzes, Gemeinschaftskommentar, 6. Auflage, Neuwied 1998, (zit.: GK-BetrVG, Bearbeiter).
- Falkenberg, Rolf-Dieter:*** Betriebsvereinbarungen als Mittel zur Verschlechterung von Arbeitsbedingungen ? DB 1984, S. 875-881.
- Fastrich, Lorenz:*** Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 1992, (zit.: Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle).
- Federlin, Gerd:*** Verhandlungen über einen Interessenausgleich und den Abschluß eines Sozialplanes, ZfA 1988, S. 99-104.
- Federlin, Ulrich:*** Der kollektive Günstigkeitsvergleich, Paffenweiler 1993, (zit.: U. Federlin, Der kollektive Günstigkeitsvergleich).

- Fikentscher, Wolfgang:*** Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos - dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des Bauvertrages, München 1971,
(zit.: Fikentscher, Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos).
- ders.:*** Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin 1997,
(zit.: Fikentscher, SchR).
- Fitting, Karl /
Kaiser, Heinrich /
Heither, Friedrich /
Engels, Gerd:*** Betriebsverfassungsgesetz, 19. Auflage, München 1998,
(zit.: Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG).
- Florig, Hans-Georg:*** Die Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen, arbeitsvertraglicher Einheitsregelungen und Gesamtzusagen, Aschaffenburg 1993,
(zit.: Florig, Die Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen).
- Flume, Werner:*** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Heidelberg 1979,
(zit.: Flume, BGB-AT-Bd. II).
- ders.:*** Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten,
AcP 161 (1962), S. 52-76.
- Föhr, Horst:*** Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten unter besonderer Berücksichtigung der außertariflichen Angestellten,
ArbuR 1975, S. 353-362.
- Frey, Helmut:*** Sind Tarifklauseln zulässig, die den Bestand übertariflicher Zuschläge garantieren ?
RdA 1960, S. 291-295.

**Galperin, Hans /
Löwisch, Manfred:**

Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band II: Regelung der Mitbestimmung (§§ 74-132), 6. Auflage, Heidelberg 1982,
(zit.: Galperin/Löwisch, BetrVG).

Gamillscheg, Franz:

Arbeitsrecht, Band I, Individualarbeitsrecht, 7. Auflage, München 1987,
(zit.: Gamillscheg, ArbR-Bd. I).

ders.:

Die Grundrechte im Arbeitsrecht, Berlin 1989,
(zit.: Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht).

ders.:

Betriebliche Übung, in: Festschrift für **Marie Luise Hilger** und **Hermann Stumpf**, München 1983, S. 227-247,
(zit.: Gamillscheg, FS für Hilger und Stumpf).

Gast, Wolfgang:

Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 24.2.1987 - 1 ABR 18/85, BB 1987, S. 1246-1252.

Gaul, Björn:

Sonderleistungen und Fehlzeiten – Zulässigkeit und Grenzen einer Kürzung von arbeitgeberseitigen Sonderzahlungen bei Fehlzeiten des Arbeitnehmers, Heidelberg 1994,
(zit.: B. Gaul, Sonderleistungen und Fehlzeiten).

Gaul, Dieter:

Die Arbeitsbewertung und ihre rechtliche Bedeutung, 3. Auflage, Köln 1967,
(zit.: D. Gaul, Die Arbeitsbewertung).

ders.:

Aktuelles Arbeitsrecht 1993, Band 2, Neuwied 1993,
(zit.: D. Gaul, ArbR-Bd. 2).

ders.:

Freiheit und Grenzen einer kollektivrechtlichen Gestaltung durch Betriebsvereinbarung, BB 1984, S. 931-933.

- ders.:** Die Beendigung der Betriebsvereinbarung im betriebsratslosen Betrieb, NZA 1986, S. 628-632.
- Gernhuber, Joachim:** Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Tübingen 1989, (zit.: Gernhuber, Das Schuldverhältnis).
- Gnade, Albert /
Kehrmann, Karl /
Schneider, Wolfgang /
Blanke, Hermann /
Klebe, Thomas:** Betriebsverfassungsgesetz, Basiskommentar mit Wahlordnung, 7. Auflage, Köln 1997, (zit.: Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke/Klebe, BetrVG).
- Goos, Wolfgang:** Mitbestimmung bei betrieblichen Zulagen, NZA 1986, S. 701-705.
- Griebeling, Gert:** Die Änderung und Ablösung betrieblicher Versorgungsordnungen in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, ZIP 1993, S. 1055-1062.
- Großmann, Ruprecht /
Schneider, Friedrich:** Arbeitsrecht, 8. Auflage, Bonn 1990, (zit.: Großmann/Schneider, ArbR).
- Gumpert, Jobst:** Teilkündigung, Änderungskündigung und Widerruf, BB 1969, S. 409-412.
- ders.:** Mitbestimmung bei betrieblicher Altersversorgung in Form von Ruhegeldzusagen und Direktversicherungen ? BB 1976, S. 605-612.
- Gutekunst, Dieter:** Die fristlose Änderungskündigung, DB 1960, S. 815-817.
- Hahn, Hans Otto:** Die fehlerhafte Normenanwendung im Arbeitsverhältnis - Zur Problematik der Rückforderung und Einstellung irrtümlicher Arbeitgeberleistungen, Berlin 1976, (zit.: Hahn, Fehlerhafte Normenanwendung).

- Halser, Ulrich:** Die Betriebsvereinbarung - Inhalt, Abschluß, Beendigung und Unwirksamkeitsgründe - Ein Leitfaden für die Praxis mit Musterbeispielen, 2. Auflage, Berlin 1995,
(zit.: Halser, Die Betriebsvereinbarung).
- Hanau, Peter:** Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung - Ein Beitrag zur Kritik der „stillschweigenden und schlüssigen Willenserklärungen“, AcP 165 (1965), S. 220-284.
- ders.:** Praktische Fragen der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, BB 1972, S. 499-501.
- ders.:** Allgemeine Grundsätze der betrieblichen Mitbestimmung, RdA 1973, S. 281-294.
- ders.:** Die Mitbestimmung in der betrieblichen Altersversorgung nach der neuen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, BB 1976, S. 91-96.
- ders.:** Das Verhältnis des Mitbestimmungsgesetzes zum kollektiven Arbeitsrecht, ZGR 1977, S. 397-421.
- ders.:** Aktuelle Probleme der Mitbestimmung über das Arbeitsentgelt gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, BB 1977, S. 350-356.
- ders.:** Probleme der Ausübung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats, NZA 1985, Beilage Nr. 2, S. 3-12.
- ders.:** Anmerkung zum Urteil des BAG vom 18.4.1989 - 3 AZR 688/87, AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung, Bl. 4-8.

- ders.:* Gemeinsame Anmerkung zum Urteil des BAG vom 12.8.1982 - 6 AZR 1117/79, AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 und zum Beschluß des BAG vom 8.12.1982 - 5 AZR 316/81, AP Nr. 6 zu § 77 BetrVG 1972, Bl. 3-9.
- Hanau, Peter / Adomeit, Klaus:* Arbeitsrecht, 11. Auflage, Berlin 1994, (zit.: Hanau/Adomeit, ArbR).
- Hanau, Peter / Ulrich, Preis:* Die Kündigung von Betriebsvereinbarungen, NZA 1991, S. 81-93.
- Hartmann, Christian:* Gleichbehandlung und Tarifautonomie - Zur Ermittlung der Rechtsfolgen bei Gleichheitsverstößen in Tarifverträgen, Berlin 1994, (zit.: Hartmann, Gleichbehandlung und Tarifautonomie).
- Hässler, Manfred:* Mitbestimmung des Betriebsrats und arbeitsvertragliche Einheitsregelung, ArbuR 1965, S. 289-294.
- Haug, Ulrich:* Tarifvorrang und innerbetriebliche Regelungsmechanismen, BB 1986, S. 1921-1931.
- Hauck, Friedrich / Linck, Rüdiger / Wagner, Volker:* Grundlegende Entscheidungen zum Arbeitsrecht, Stuttgart 1994, (zit.: Hauck/Linck/Wagner, Grundlegende Entscheidungen).
- Heinze, Meinhard:* Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Provisionsentlohnung, NZA 1986, S. 1-11.
- ders.:* Inhalt und Grenzen betriebsverfassungsrechtlicher Rechte, ZfA 1988, S. 53-91.
- ders.:* Tarifautonomie und sogenanntes Günstigkeitsprinzip, NZA 1991, S. 329-336.

- ders.:* Regelungsabrede, Betriebsvereinbarung und Spruch der Einigungsstelle - Zustandekommen und Rechtswirkungen betrieblicher Regelungen,
NZA 1994, S. 580-586.
- ders.:* Kollektive Arbeitsbedingungen im Spannungsfeld zwischen Tarif- und Betriebsautonomie,
NZA 1995, S. 5-8.
- Heither, Friedrich:* Möglichkeiten und Grenzen der Änderung von Zusagen auf betriebliche Altersversorgung,
BB 1992, S. 145-149.
- ders.:* Die Rechtsprechung des BAG zur Beteiligung des Betriebsrates bei der Ausgestaltung der betrieblichen Altersversorgung,
DB 1991, S. 700-706.
- ders.:* Die Änderung von Versorgungszusagen,
ArbRdG 1994, Band 31, S. 55-76.
- Hempelmann, Gerrit:* Die freiwillige Betriebsvereinbarung in Vergangenheit und Gegenwart,
Frankfurt am Main 1997,
(zit.: Hempelmann, Die freiwillige Betriebsvereinbarung).
- Henssler, Martin:* Anmerkung zum Urteil des BAG vom 13.5.1987 - 5 AZR 125/86,
SAE 1988, S. 161-166.
- Herbst, Jens:* Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei freiwilligen übertariflichen Zulagen,
AiB 1986, S. 186-189.
- ders.:* Umfang des Mitbestimmungsrechts bei freiwilligen übertariflichen Zulagen,
DB 1987, S. 738-742.
- Herrmann, Elke:* Das Günstigkeitsprinzip und die verschlechternde Betriebsvereinbarung,
ZfA 1989, S. 577-643.

- Herschel, Wilhelm:*** Betriebsvereinbarung oder Betriebssatzung ?
RdA 1948, S. 47-50.
- ders.:*** Entwicklungstendenzen des Arbeitsrechts,
RdA 1956, S. 161-168.
- ders.:*** Anmerkung zum Urteil des BAG vom 30.8.1972 - 5 AZR 140/72, AP Nr. 6
zu § 611 BGB Lohnzuschläge, Bl. 2-3.
- ders.:*** Anmerkung zum Urteil des BAG vom 14.6.1983 - 3 AZR 565/81, AP Nr. 58
zu § 242 BGB Gleichbehandlung, Bl. 4-5.
- Herschel, Wilhelm / Löwisch, Manfred:*** Kündigungsschutzgesetz, 6. Auflage,
Heidelberg 1984,
(zit.: Herrschel/Löwisch, KSchG).
- Hess, Harald / Schlochauer, Ursula / Glaubitz, Werner:*** Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 5. Auflage, Berlin 1997,
(zit.: Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG).
- Hildebrandt, Reinhard:*** Disparität und Inhaltskontrolle im Arbeitsrecht, Göttingen 1987,
(zit.: Hildebrandt, Disparität und Inhaltskontrolle).
- Hilger, Marie Luise:*** Das betriebliche Ruhegeld - Zugleich ein Beitrag zum Recht der betrieblichen Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1951,
(zit.: Hilger, Ruhegeld).
- dies.:*** Der Einfluß des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages in München 1963, Band 2, Tübingen 1962, Teil F,
(zit.: Hilger, Der Einfluß des kollektiven Arbeitsrechts).
- dies.:*** Änderung und Aufhebung betriebseinheitlich geltender Arbeitsbedingungen,
BB 1958, S. 417-420.

- dies.:* Die Betriebsvereinbarung über Sonderwendungen ist gekündigt - was nun ? in: Festschrift für **Dieter Gaul**, Berlin 1992, S. 327-340,
(zit.: Hilger, FS für D. Gaul).
- dies.:* Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 8.12.1981 - 1 ABR 55/79, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG Prämie, Bl. 3-5.
- Hilger, Marie Luise / Stumpf, Hermann:** Ablösung betrieblicher Gratifikations- und Versorgungsordnungen durch Betriebsvereinbarungen, in: Arbeitsleben und Rechtspflege, Festschrift für **Gerhard Müller**, Berlin 1981, S. 209-224,
(zit.: Hilger/Stumpf, FS für G. Müller).
- dies.:* Kündigungsfreiheit und Vertrauensschutz im Recht der Betriebsvereinbarung, BB 1990, S. 929-936.
- Hillebrecht, Wilfried:** Dringende betriebliche Erfordernisse (§ 1 Abs. 2 KSchG) zur Kündigung von Arbeitsverhältnissen durch den Konkursverwalter, ZIP 1985, S. 257-264.
- Hirschberg, Lothar:** Anmerkung zum Urteil des BAG vom 3.8.1982 - 3 AZR 1219/79, SAE 1983, S. 320-321.
- Höfer, Reinhold / Abt, Oskar:** Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Kommentar, Band I: Arbeitsrechtlicher Teil, 2. Auflage, München 1982,
(zit.: Höfer/Abt, BetrAVG).
- Höfer, Reinhold / Küpper, Peter:** Die Änderung genereller betrieblicher Versorgungszusagen durch Betriebsvereinbarungen - zugleich Anmerkungen zu den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 8.12.1981, BB 1982, S. 565-575.

- Höfer, Reinhold /
Reiners, Stefan /
Wüst, Herbert:** Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Band I: Arbeitsrecht, 4. Auflage, München 1995, (zit.: Höfer/Reiners/Wüst, BetrAVG).
- Höhne, Gerhard:** Zur praktischen Notwendigkeit ablösender Betriebsvereinbarungen, RdA 1983, S. 233-240.
- Hönn, Günter:** Kompensation gestörter Vertragsparität - ein Beitrag zum inneren System der Vertragsrechte, München 1982, (zit.: Kompensation gestörter Vertragsparität).
- Hönsch, Ronald:** Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Anrechnung von Tariflohnerhöhungen auf freiwillige übertarifliche Zulagen, BB 1988, S. 2312-2316.
- ders.:** Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 24.11.1987 - 1 ABR 57/86, BB 1988, S. 700-702.
- Höpfner, Bernhard:** Die normativen Wirkungen kollektivvertraglicher Inhaltsnormen, Frankfurt am Main 1995, (zit.: Höpfner, Die normativen Wirkungen kollektivvertraglicher Inhaltsnormen).
- Hoyningen-Huene, Gerrick von:** Die Billigkeit im Arbeitsrecht - Ein Beitrag zur rechtsdogmatischen Präzisierung der Billigkeit im Zivilrecht - dargestellt am Beispiel des Arbeitsrechts, München 1978, (zit.: v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit).
- ders.:** Betriebsverfassungsrecht, 4. Auflage, München 1998, (zit.: v. Hoyningen Huene, BetrVerfR).

- ders.:* Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht als Vorreiter und Vorbild, in: Richterliche Rechtsfortbildung - Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität, Heidelberg 1986, S. 353-377, (zit.: v. Hoyningen-Huene, Rechtsfortbildung).
- ders.:* Fehlerhafte Betriebsvereinbarungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitnehmer, DB 1984, Beilage Nr. 1, S. 1-12.
- ders.:* Die Inhaltskontrolle von Betriebsvereinbarungen der betrieblichen Altersversorgung, BB 1992, S. 1640-1646.
- ders.:* Anmerkung zum Urteil des BAG vom 10.3.1982 - 4 AZR 158/79, SAE 1983, S. 108-110.
- ders.:* Anmerkung zum Urteil des BAG vom 28.4.1982 - 7 AZR 1139/79, AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969, Bl. 4-5.
- ders.:* Gemeinsame Anmerkung zu den Beschlüssen des BAG vom 31.1.1984 - 1 ABR 46/81 und vom 28.2.1984 - 1 ABR 37/82, SAE 1985, S. 298-302.
- Hoyningen-Huene, Gerrick von / Meier-Krenz, U.:* Mitbestimmung trotz Tarifvertrages ? NZA 1987, S. 793-799.
- Hromadka, Wolfgang:* Zur betrieblichen Übung, NZA 1984, S. 241-246.
- ders.:* „Übertarifliche Zulagen mitbestimmungspflichtig ?“ DB 1986, S. 1921-1925.

- ders.:* Änderung und Ablösung von Einheitsarbeitsbedingungen - Zum Beschluß des Großen Senats des BAG über die ablösende Betriebsvereinbarung,
NZA 1987, Beilage Nr. 3, S. 2-14.
- ders.:* Zur Mitbestimmung bei allgemeinen übertariflichen Zulagen,
DB 1988, S. 2636-2646.
- ders.:* Mitbestimmung bei übertariflichen Zulagen,
DB 1991, S. 2133-2139.
- ders.:* Änderung von Arbeitsbedingungen,
RdA 1992, S. 234-265.
- ders.:* Das Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers,
DB 1995, S. 1609-1615.
- ders.:* Möglichkeiten und Grenzen der Änderungskündigung,
NZA 1996, S. 1-14.
- ders.:* Vergütungsregelungen und Mitbestimmung des Betriebsrates (§ 87 I Nr. 10 BetrVG),
NZA 1998, S. 1081-1089.
- ders.:* Anmerkung zum Urteil des BAG vom 30.10.1984 - 3 AZR 236/82, AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Betriebliche Übung, Bl. 3-6.
- Hueck, Alfred:** Die rechtliche Bedeutung der betrieblichen Übung, in: Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für *Heinrich Lehmann* zum 80. Geburtstag, II. Band, Berlin 1956, S. 636-645,
(zit.: A. Hueck, FS für Lehmann II).

- ders.:* Zulässigkeit und Wirkung einer tariflichen Effektivklausel,
BB 1954, S. 776-779.
- Hueck, Alfred /
Hoyningen-Huene, Gerrick von:* Kündigungsschutzgesetz, 12. Auflage,
München 1992,
(zit.: Hueck/v. Hoyningen-Huene,
KSchG).
- Hueck, Götz:* Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, Berlin 1958,
(zit.: Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung).
- ders.:* Zur Kollektiven Gestaltung der Einzelarbeitsverhältnisse, in: Festschrift für **Erich Molitor** zum 75. Geburtstag 3. Oktober 1961, Berlin 1962, S. 203-228,
(zit.: G. Hueck, FS für Molitor).
- ders.:* Die Teilkündigung im Arbeitsrecht,
RdA 1968, S. 201-208.
- Hueck, Alfred /
Nipperdey, Hans Carl:* Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I,
7. Auflage, Berlin 1963,
(zit.: Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. I).
- dies.:* Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II/1,
Kollektives Arbeitsrecht, 7. Auflage,
Berlin 1967,
(zit.: Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. II/1).
- dies.:* Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II/2,
Kollektives Arbeitsrecht, 7. Auflage,
Berlin 1970,
(zit.: Hueck/Nipperdey, ArbR-Bd. II/2).
- Hueck, Alfred /
Nipperdey, Hans Carl /
Stahlhacke, Eugen:* Tarifvertragsgesetz, 4. Auflage,
Berlin 1964,
(zit.: Hueck/Nipperdey/Stahlhacke, TVG).
- Hueck, Götz /
Fastrich, Lorenz:* Betriebsübung, in: AR, Arbeitsrecht
Blattei D (Bes-Bu),
(zit.: Hueck/Fastrich, AR-Blattei D,
Betriebsübung I).

- Hunold, Wolf:*** Außertarifliche Vertragsverhältnisse und übertarifliche Vertragsbestandteile, DB 1981, Beilage Nr. 26, S. 1-12.
- Jäckle, Hans-Günther:*** Die Ablösung kollektiver Ordnungen - Ein Beitrag zur Lehre vom Ordnungsprinzip, Freiburg 1969, (zit.: Jäckle, Ablösung).
- Jacobi, Erwin:*** Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927, (zit.: Jacobi, Grundlehren).
- Jahna, Michael U.:*** Die Anrechnung von Tariflohnerhöhungen auf über- und außertarifliche Zulagen, Münster 1995, (zit.: Jahna, Die Anrechnung).
- Jahnke, Volker:*** Tarifautonomie und Mitbestimmung, München 1984, (zit.: Jahnke, Tarifautonomie und Mitbestimmung).
- ders.:*** Die Mitbestimmung des Betriebsrats auf dem Gebiet der Betrieblichen Sozialleistungen, ZfA 1980, S. 863-900.
- Jedzig, Joachim:*** Einführung standardisierter Verfahren zur Leistungsbeurteilung von Arbeitnehmern, DB 1991, S. 753-758.
- ders.:*** Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Durchführung von Betriebsvereinbarungen über Leistungsbeurteilung von Arbeitnehmern, DB 1991, S. 859-864.
- Joachim, Hans G.:*** Kann die Änderung des Arbeitsvertrages auch durch eine Teilkündigung erfolgen ? RdA 1957, S. 326-329.

- Jobs, Friedhelm:*** Die Betriebsvereinbarung als kollektives Regelungsrecht zur Änderung von arbeitsvertraglichen Individual- und Gesamtzusagen, DB 1986, S. 1120-1126.
- Joost, Detlev:*** Lohnverluste bei Arbeitszeitverkürzung mit vollem Lohnausgleich
- BAG, NZA 1987, 848,
JuS 1989, S. 274-280.
- ders.:*** Ablösende Betriebsvereinbarungen und Allgemeine Arbeitsbedingungen, RdA 1989, S. 7-25.
- ders.:*** Betriebliche Mitbestimmung bei der Lohngestaltung im System von Tarifaautonomie und Privatautonomie, ZfA 1993, S. 257-278.
- Kammerer, Roland:*** Einheitsvertraglich gewährte Gratifikationen und deren Ablösbarkeit durch Betriebsvereinbarung, Tübingen 1996, (zit.: Kammerer, Einheitsvertraglich gewährte Gratifikationen).
- Kappes, Karl-Heinz:*** Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei übertariflichen Zulagen ? DB 1986, S. 1520-1522.
- Karakatsanis, Alexander:*** Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen, Heidelberg 1963, (zit.: Karakatsanis, Die kollektivrechtliche Gestaltung).
- Kempen, Otto Ernst:*** Betriebsverfassung und Tarifvertrag, RdA 1994, S. 140-152.
- Kempen, Otto Ernst / Zachert, Ulrich:*** Tarifvertragsgesetz, Kommentar für die Praxis, 3. Auflage, Köln 1997, (zit.: Kempen/Zachert, TVG).

- Kemper, Kurt:*** Zur Zulässigkeit verschlechternder Betriebsvereinbarungen kraft Vorbehalts bei betrieblicher Altersversorgung, DB 1987, S. 986-989.
- Kerschner, Helmut / Zimmermann, Maria:*** Die Betriebsvereinbarung - Zustandekommen, Auslegung, Durchführung, Aufhebung, Nachwirkung, Berlin 1981, (zit.: Kerschner/Zimmermann, Die Betriebsvereinbarung).
- Kettler, Gero:*** Das BAG und die „umgekehrte“ betriebliche Übung - Wer sich nicht wehrt, lebt verkehrt, NJW 1998, S. 435-438.
- Kittner, Michael:*** Neues Kündigungsschutzrecht außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1998, S. 731-734.
- Kittner, Michael / Däubler, Wolfgang / Zwanziger, Bertram:*** Kündigungsschutzrecht, Kommentar für die Praxis zu Kündigungen und anderen Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, 4. Auflage, Frankfurt am Main 1999, (zit.: Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR).
- Kittner, Michael / Trittin, Wolfgang:*** Kündigungsrecht, Köln 1993, (zit.: Kittner/Trittin, KR).
- Klein, Heinz Dieter:*** Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung, Köln 1997, (zit.: Klein, Die Nachwirkung der Betriebsvereinbarung).
- Knigge, Dieter:*** Die Einschränkung des Günstigkeitsprinzips im arbeitsvertraglichen Verbandsgestaltungsrecht, Würzburg 1964, (zit.: Knigge, Die Einschränkung des Günstigkeitsprinzips).
- Koenig, Eckart:*** Änderung von Betriebsvereinbarungen über betriebliches Entgelt, Köln 1997, (zit.: Koenig, Änderung von Betriebsvereinbarungen).

- Kraft, Alfons:** Die betriebliche Lohngestaltung im Spannungsfeld von Tarifautonomie, betrieblicher Mitbestimmung und Vertragsfreiheit, in: Festschrift für **Karl Molitor** zum 60. Geburtstag, München 1988, S. 207-233, (zit.: Kraft, FS für Molitor).
- Krause, Rüdiger:** Die Änderungskündigung zum Zweck der Entgeltreduzierung, DB 1995, S. 574-579.
- Krauss, Stefan:** Die neue Freiheit ohne Verbandstarif ? DB 1995, S. 1562-1565.
- Krauβ, Michael:** Widerruf von Arbeitgeberleistungen, Heidelberg 1996, (zit.: Krauβ, Widerruf von Arbeitgeberleistungen).
- Krebs, Peter:** Anmerkung zum Urteil des BAG vom 26.10.1993 - 1 AZR 46/93, SAE 1996, S. 280-288.
- Kreutz, Peter:** Grenzen der Betriebsautonomie, München 1979, (zit.: Kreutz, Grenzen der Betriebsautonomie).
- Kunze, Otto:** Begrenzte Effektivklauseln als Arbeitsbedingungen, ArbuR 1969, S. 225-234.
- Larenz, Karl:** Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung - Die Bedeutung „veränderter“ Umstände im Zivilrecht, 3. Auflage, München 1963, (zit.: Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung).
- ders.:** Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, (zit.: Larenz, SchR-Bd. I).

- ders.:* Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Auflage, München 1986, (zit.: Larenz, SchR-Bd. II/1).
- Larenz, Karl / Wolf, Manfred:* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997, (zit.: Larenz/Wolf, BGB-AT).
- Lederer, Gerd:* Das Initiativrecht des Betriebsrats in Lohnfragen, Frankfurt am Main 1985, (zit.: Lederer, Das Initiativrecht).
- Leinemann, Wolfgang:* Änderung von Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung, in: **Hromadka, Wolfgang**, Änderung von Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1990, S. 145-167, (zit.: Leinemann, in: Hromadka, Änderung).
- ders.:* Änderung einzelvertraglicher Ansprüche durch Betriebsvereinbarungen, DB 1985, S. 1394-1397.
- ders.:* Änderung von Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarungen, BB 1989, S. 1905-1912.
- ders.:* Wirkungen von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen auf das Arbeitsverhältnis, DB 1990, S. 732-738.
- Lieb, Manfred:* Arbeitsrecht, 3. Auflage, Heidelberg 1984, (zit.: Lieb, ArbR, (3. Auflage)).
- ders.:* Arbeitsrecht, 6. Auflage, Heidelberg 1997, (zit.: Lieb, ArbR).
- ders.:* Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahre 1969, ZfA 1970, S. 197-239.

- ders.:* Die Regelungszuständigkeit des Betriebsrats für die Vergütung von AT-Angestellten,
ZfA 1978, S. 179-213.
- ders.:* Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen ? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge,
AcP 178 (1978), S. 196-226.
- ders.:* Die Mitbestimmung beim Prämienlohn,
ZfA 1988, S. 413-448.
- ders.:* Gemeinsame Anmerkung zum Urteil des BAG vom 12.8.1982 - 6 AZR 1117/79 und zum Beschluß des BAG vom 8.12.1982 - 5 AZR 316/81,
SAE 1983, S. 130-134.
- ders.:* Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 13.2.1990 - 1 ABR 35/87,
SAE 1990, S. 221-233.
- ders.:* Gemeinsame Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 3.12.1991 - GS 2/90 und zum Urteil des BAG vom 11.8.1992 - 1 AZR 279/90,
SAE 1993, S. 113-119.
- Ling-Hwei, Kuo:* Die Instrumente zur Gewährleistung der betrieblichen Altersversorgung und der Bestandsschutz der Betriebsrenten,
Göttingen 1992,
(zit.: Ling-Hwei, Instrumente zur Gewährleistung).
- Lisken, Hans / Denninger, Erhard:* Handbuch des Polizeirechts, 2. Auflage,
München 1996,
(zit.: Lisken/Denninger, PolizeiR, Bearbeiter).

- Loritz, Karl-Georg:** Die Kündigung von Betriebsvereinbarungen und die Diskussion um eine Nachwirkung freiwilliger Betriebsvereinbarungen, RdA 1991, S. 65-79.
- ders.:** Die Beendigung freiwilliger Betriebsvereinbarungen mit vereinbarter Nachwirkung, DB 1997, S. 2074-2077.
- Löwisch, Manfred:** Taschenkommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 3. Auflage, Heidelberg 1994, (zit.: Löwisch, BetrVG).
- ders.:** Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 7. Auflage, Heidelberg 1997, (zit.: Löwisch, KSchG).
- ders.:** Arbeitsrecht, 4. Auflage, Düsseldorf 1996, (zit.: Löwisch, ArbR).
- ders.:** Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Gehaltsfestsetzung für Angestellte nach Arbeitsplatzrangfolge und Leistungsbeurteilung, DB 1973, S. 1746-1752.
- ders.:** Möglichkeit und Grenzen der Betriebsvereinbarung, ArbuR 1978, S. 97-108.
- ders.:** Die Verschlechterung von Individualansprüchen durch Betriebsvereinbarung, DB 1983, S. 1709-1713.
- ders.:** Die Anpassung der Arbeitsentgelte an die Insolvenzsituation de lege lata und de lege ferenda, ZGR 1984, S. 272-292.
- ders.:** Verfahren und Institutionen der Kollektivverhandlungen auf der Ebene des Unternehmens und des Betriebes, RdA 1985, S. 209-217.

- ders.:* Anmerkung zum Urteil des BAG vom 18.10.1984 - 2 AZR 543/83, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, Bl. 7-9.
- Löwisch, Manfred / Kaiser, Dagmar:* Anmerkung zum Urteil des BAG vom 29.1.1987 - 2 AZR 109/86, AP Nr. 1 zu § 620 BGB Saisonarbeit, Bl. 5-6.
- Löwisch, Manfred / Röder, Gerhard:* Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 22.12.1981 - 1 ABR 38/79, SAE 1983, S. 16-17.
- Mache, Wolf:* Rechtsfragen bei übertariflichen und außertariflichen Leistungen, AiB 1989, S. 113-122.
- Magula-Lösche, Anja:* Der Umfang betrieblicher Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Vergabe freiwilliger betrieblicher Sozialleistungen, Berlin 1991, (zit.: Magula-Lösche, Der Umfang betrieblicher Mitbestimmung).
- Martens, Klaus-Peter:* Das betriebsverfassungsrechtliche Ablösungsprinzip im System der §§ 87, 88, 77 BetrVG, RdA 1983, S. 217-225.
- ders.:* Die Einheit des Privatrechts und das Arbeitsrecht, JuS 1987, S. 337-344.
- Matthes, Hans-Christoph:* Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Mitbestimmung des Betriebsrats in Entgeltfragen, NZA 1987, S. 289-294.
- Maurer, Hartmut:* Grundrisse des Rechts, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, München 1997, (zit.: Maurer, Allg. VerwaltungsR).

- Maute, Hans-Bernd:*** Gleichbehandlung von Arbeitnehmern
- Ein Beitrag zur Dogmatik und zu den Erscheinungsformen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes,
Frankfurt am Main 1993,
(zit.: Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern).
- Mayer-Maly, Theo:*** Der Einblick in die Bruttogehaltslisten
nach § 80 Abs. 2 BetrVG,
DB 1979, S. 985-991.
- Medicus, Dieter:*** Allgemeiner Teil des BGB, 7. Auflage,
Heidelberg 1997,
(zit.: Medicus, BGB-AT).
- Meisel, Peter:*** Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis: ein
Handbuch für alle Führungskräfte im
Betrieb und Unternehmen, 7. Auflage,
Köln 1992,
(zit.: Meisel, ArbR).
- ders.:*** Übertarifliches Entgelt und
Tarifentgelterhöhung,
BB 1991, S. 406-412.
- Mengel, Horst:*** Die betriebliche Übung - Kennzeichnung,
Entstehung, Beendigung, München 1967,
(zit.: Mengel, Betriebliche Übung).
- Meyer, Wolfgang:*** Arbeitsrecht für die Praxis, 6. Auflage,
Planegg/München 1994,
(zit.: Meyer, ArbR).
- Meyer, Wolfgang:*** Übertarifliche Bezahlung als Anreizinstrument, in: ***Hochmuth, Uwe***, Firmenpanelstudien in Deutschland - Konzeptionelle Überlegungen und empirische Analysen,
Tübingen 1994, S. 219-235,
(zit.: W. Meyer, Übertarifliche Bezahlung).

- ders.:** Tarifbindung - Ein Hemmnis auf dem Weg zu niedrigeren Lohnkosten ? in: **Schasse, Ulrich**, Erfolgreich produzieren in Niedersachsen - Untersuchungen mit Daten aus der ersten Welle des Hannoveraner Firmenpanels, Hannover 1995, S. 125-143, (zit.: W. Meyer, Tarifbindung).
- ders.:** Analyse der Bestimmungsfaktoren der „übertariflichen Entlohnung“ auf der Basis von Firmendaten, in: **Gerlach, Knut**, Determinanten der Lohnbildung - Theoretische und empirische Untersuchungen, Berlin 1995, S. 50-71, (zit.: W. Meyer, Analyse der Bestimmungsfaktoren).
- Meyers Enzyklopädisches Lexikon:** Band 22, Sn-Sud und 7. Nachtrag, 9. Auflage, Mannheim 1981, (zit.: Meyers Enzyklopädisches Lexikon, Bd. 22).
- Misera, Karl-Heinz:** Gemeinsame Anmerkung zum Urteil des BAG vom 17.12.1980 - 5 AZR 570/78, AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung und zum Urteil des BAG vom 3.3.1982 - AZR 1219/ 79, AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG Lohngestaltung, Bl. 4-10.
- Molitor, Erich:** Die Kündigung, Mannheim 1935, (zit.: Molitor, Die Kündigung).
- Molkenbur, Josef / Roßmanith, Günther:** Mitbestimmung des Betriebsrats und Betriebsvereinbarungen in der betrieblichen Altersversorgung, ArbuR 1990, S. 333-341.
- Moll, Wilhelm:** Die Mitbestimmung des Betriebsrats beim Engelt, Berlin 1977, (zit.: Moll, Die Mitbestimmung).

- ders.:*** Der Tarifvorrang im Betriebsverfassungsrecht - Zur Abstimmung betrieblicher und tarifvertraglicher Regelungsmechanismen, Berlin 1980,
(zit.: Moll, Tarifvorrang).
- ders.:*** Der Ablösungsgedanke im Verhältnis zwischen Vertragsregelung und Betriebsvereinbarung,
NZA 1988, Beilage Nr. 1, S. 17-31.
- Monjau, Herbert:*** Senkung außertariflicher Löhne,
DB 1959, S. 707-709.
- Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich*** Amtliche Ausgabe, Band 2, Berlin 1896,
(zit.: Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2).
- Müller, Gerhard:*** Einflüsse des kollektiven Arbeitsrechts auf das Arbeitsverhältnis (Teil I),
DB 1967, S. 903-909.
- Nebel, Andreas:*** Die Normen des Betriebsverbandes am Beispiel der ablösenden Betriebsvereinbarung, Bonn 1989,
(zit.: Nebel, Die Normen des Betriebsverbandes).
- Neumann, Dirk:*** Der vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts als Tarifschat, ArbRdG 1990, Band 27, S. 33-46.
- Neumann-Duesberg, Horst:*** Betriebsverfassungsrecht - Ein Lehrbuch, Berlin 1960,
(zit.: Neumann-Duesberg, BetrVerfR).
- ders.:*** Probleme des Betriebsverfassungsrechts, RdA 1962, S. 402-410.
- Nikisch, Arthur:*** Arbeitsrecht, II. Band, Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1959,
(zit.: Nikisch, ArbR-Bd. II).

- ders.:* Arbeitsrecht, III. Band, Betriebsverfassungsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1966, (zit.: Nikisch, ArbR-Bd. III).
- ders.:* Streitfragen bei der Behandlung von Massenentlassungen, DB 1960, S. 1274-1276.
- ders.:* Anmerkung zum Urteil des BAG vom 18.12.1964 - 5 AZR 262/64, AP Nr. 51 zu § 611 BGB Gratifikation, Bl. 3-6.
- Nipperdey, Hans Carl:* Mindestbedingungen und günstigere Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitsordnungsgesetz (Ordnungsprinzip und Leistungsprinzip), in: Festschrift für **Heinrich Lehmann** zum 60. Geburtstag 20. Juli 1936, Berlin 1937, S. 257-269, (zit.: Nipperdey, FS für Lehmann).
- ders.:* Die „Unwirksamkeit“ von Massenentlassungen und die Lehre von der Nichtigkeit, RdA 1960, S. 285-287.
- Oertmann, Paul:* Die Geschäftsgrundlage - Ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig 1921, (zit.: Oertmann, Die Geschäftsgrundlage).
- Oetker, Hartmut:* Die Auswirkungen tariflicher Entgelterhöhungen für den Effektivverdienst im Zielkonflikt von individueller Gestaltungsfreiheit und kollektivrechtlicher Gewährleistung innerbetrieblicher Verteilungsgerechtigkeit, RdA 1991, S. 16-34.
- Palandt, Otto:* Bürgerliches Gesetzbuch, 57. Auflage, München 1998, (zit.: Palandt, BGB, Bearbeiter).

Peterek, Rainer:

Die Beseitigung von Leistungen aufgrund betrieblicher Übung, in: Aktuelle Aspekte des Arbeitsrechts, Fest- und Jubiläumsschrift zum 65. Geburtstag und zum 30 jährigen Bestehen des Arbeitsrechtlichen Arbeitskreises ***Dieter Gaul***, Berlin 1987, S. 184-195,
(zit.: Peterek, FS für D. Gaul I).

ders.:

Fragen zur Regelungsabrede, in: Festschrift für ***Dieter Gaul*** zum 70. Geburtstag, Neuwied 1992, S. 471-495,
(zit.: Peterek, FS für D. Gaul II).

Petermann, Friedrich:

Die betriebliche Übung als kollektiver Ordnungsfaktor im Arbeitsrecht, insbes. ihr Verhältnis zu den das Arbeitsverhältnis gestaltenden Rechtsinstituten, Würzburg 1969,
(zit.: Petermann, Betriebliche Übung).

Pfarr, Heide:

Mitbestimmung bei der Ablösung und Verschlechterung allgemeiner Arbeitsbedingungen,
BB 1983, S. 2001-2010.

Pieroth, Bodo:

Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes,
JZ 1990, S. 279-286.

Preis, Bernhard:

Rahmen und Grenzen der Sozialauswahl - Gedanken zur Anpassung von § 1 Abs. 3 KSchG an Massenentlassungen,
DB 1984, S. 2244-2250.

ders.:

Betriebsbedingte Kündigung zwischen dringenden betrieblichen Erfordernissen und unternehmerischer Entscheidungsfreiheit - Grundsätzliches und Alltägliches zur Gretchenfrage des Kündigungsschutzes,
NZA 1997, S. 625-634.

- Preis, Ulrich:** Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, Neuwied 1993,
(zit.: U. Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung).
- ders.:** Kompensation von Ungleichgewichtslagen in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und Zivilgerichte - ein Vergleich, ArbuR 1994, S. 139-152.
- Raatz, Günther:** Personalleitung und Betriebsverfassung - Aufgaben und Verfahren nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, DB 1972, Beilage Nr. 1, S. 1-16.
- Ramm, Thilo:** Die Rechtsprechung des BAG - Schlußwort, JZ 1966, S. 214-222.
- Ramrath, Ulrich:** Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der angeblichen „Verrechnung“ sogenannter „übertariflicher Zulagen“ mit Tariflohnerhöhungen, DB 1990, S. 2593-2602.
- Rau, Henrike:** Die Systematik der übertariflichen Zulage unter besonderer Berücksichtigung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Zulagenanrechnung anlässlich einer Tariflohnerhöhung, Berlin 1995,
(zit.: Rau, Die Systematik).
- Rebmann, Kurt / Säcker, Jürgen:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, 3. Auflage, München 1993,
(zit.: MüKo, BGB, Bearbeiter).
- dies.:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 3. Auflage, München 1994,
(zit.: MüKo, BGB, Bearbeiter).

- dies.:*** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil (§§ 607-704), 3. Auflage, München 1997,
(zit.: MüKo, BGB, Bearbeiter).
- Rech, Heribert:*** Die Nachwirkung freiwilliger Betriebsvereinbarungen - Auswirkungen der Beendigung einer freiwilligen Betriebsvereinbarung auf darin vorgesehene Ansprüche und Anwartschaften, Frankfurt am Main 1997,
(zit.: Rech, Die Nachwirkung freiwilliger Betriebsvereinbarungen).
- Rehhahn, Hans:*** Tariflöhne und Effektivklauseln, ArbuR 1956, S. 289-297.
- Reichold, Hermann:*** Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, München 1995,
(zit.: Reichold, Betriebsverfassung als Sozialrecht).
- ders.:*** Entgeltmitbestimmung als Gleichbehandlungsproblem, RdA 1995, S. 147-158.
- Reinfeld, Richard:*** Kündigung und Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen, Frankfurt am Main 1966,
(zit.: Reinfeld, Kündigung und Nachwirkung).
- Reuter, Dieter:*** Betriebsverfassung und Privatautonomie, ZfA 1975, S. 85-96.
- ders.:*** Das Verhältnis von Individualautonomie, Betriebsautonomie und Tarifautonomie, RdA 1991, S. 193-204.
- ders.:*** Betriebsverfassung und Tarifvertrag, RdA 1994, S. 152-168.

- ders.:* Gemeinsame Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 8.12.1981 - 3 ABR 53/80 und zum Urteil des BAG vom 8.12.1981 - 3 AZR 518/80, SAE 1983, S. 201-204.
- Richardi, Reinhard:* Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 7. Auflage, München 1998, (zit.: Richardi, BetrVG).
- ders.:* Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968, (zit.: Richardi, Kollektivgewalt).
- ders.:* Betriebsverfassung und Privatautonomie, Berlin 1973, (zit.: Richardi, Betriebsverfassung und Privatautonomie).
- ders.:* Die betriebliche Übung - ihre rechtliche Bedeutung - insbesondere ihr Verhältnis zur Betriebsvereinbarung, RdA 1960, S. 401-405.
- ders.:* Die arbeitsvertragliche Einheitsregelung und ihr Verhältnis zu Kollektivvereinbarungen, RdA 1965, S. 49-60.
- ders.:* Die begrenzte Effektivklausel im Tarifvertrag, DB 1969, S. 1986-1991.
- ders.:* Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung des Arbeitsentgelts, ZfA 1976, S. 1-44.
- ders.:* Eingriff in eine Arbeitsvertragsregelung durch Betriebsvereinbarung, RdA 1983, S. 201-217, 278-288.

- ders.:* Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts zur ablösenden Betriebsvereinbarung, NZA 1987, S. 185-191.
- ders.:* Erweiterung der Mitbestimmung des Betriebsrats durch Tarifvertrag, NZA 1988, S. 673-677.
- ders.:* Prinzipien des Grundrechtsschutzes im Arbeitsverhältnis nach deutschem Recht, in: Festschrift für **Walter Schwarz**, Wien 1991, S. 781-800, (zit.: Richardi, FS für Schwarz).
- ders.:* Der Große Senat des BAG zur Mitbestimmung bei der Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf über- und außertarifliche Zulagen, NZA 1992, S. 961-967.
- ders.:* Die Betriebsvereinbarung als Rechtsquelle des Arbeitsverhältnisses - Zur Reichweite eines betriebsverfassungsrechtlichen Gestaltungsrechts in einer rechtsgeschäftlichen Ordnung des Arbeitslebens, ZfA 1992, S. 307-330.
- ders.:* Anmerkung zum Urteil des BAG vom 14.2.1968 - 4 AZR 275/67, JZ 1968, S. 746-749.
- ders.:* Anmerkung zum Urteil des BAG vom 5.7.1968 - 3 AZR 134/67, AP Nr. 6 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, Bl. 3-4.
- ders.:* Anmerkung zum Urteil des BAG vom 30.1.1970 - 3 AZR 44/68, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Bl. 9-12.
- ders.:* Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 24.2.1987 - 24.2.1981 - 1 ABR 18/85, AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972, Bl. 8-13.

- ders.:* Anmerkung zum Urteil des BAG vom 9.2.1989 - 8 AZR 310/87, AP Nr. 40 zu § 77 BetrVG 1972, Bl. 3-5.
- Richardi, Reinhard / Wlotzke, Otfried:*** Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht I, München 1992, (zit.: MünchArbR-Bd. 1, Bearbeiter).
- dies.:* Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, Individualarbeitsrecht II, München 1993, (zit.: MünchArbR-Bd. 2, Bearbeiter).
- dies.:* Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3, Kollektives Arbeitsrecht, München 1993, (zit.: MünchArbR-Bd. 3, Bearbeiter).
- Rühle, Hans Gottlob:*** Aktuelle Probleme der betrieblichen Altersversorgung, ZIP 1984, S. 411-418.
- Rumpff, Klaus:*** Zur Zulässigkeit sogenannter begrenzter Effektivklauseln in Tarifverträgen, BB 1968, S. 1161-1167.
- ders.:* Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Entgeltfragen, insbesondere beim Leistungslohn, nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972, ArbuR 1972, S. 65-82.
- Rumpff, Klaus / Boewer, Dietrich:*** Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten und bei der Unternehmens- und Personalplanung, 3. Auflage, Heidelberg 1990, (zit.: Rumpff/Boewer, Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten).
- Rüthers, Bernd:*** Rechtsprobleme des Zeitlohns an taktgebundenen Produktionsanlagen, ZfA 1973, S. 399-423.

**Rüthers, Bernd /
Germelmann, Claas-Hinrich:**

Zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim Übergang zur bargeldlosen Entlohnung (Teil II),
DB 1969, S. 2084-2086.

Säcker, Franz-Jürgen:

Allgemeine Arbeitsbedingungen im Schnittpunkt von Privat- und Kollektivautonomie, Köln 1966,
(zit.: Säcker, Allgemeine Arbeitsbedingungen).

ders.:

Gruppenautonomie und Übermachtskontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972,
(zit.: Säcker, Gruppenautonomie).

ders.:

Die Regelung sozialer Angelegenheiten im Spannungsfeld zwischen tariflicher und betriebsverfassungsrechtlicher Normsetzungsbefugnis,
ZfA 1972, Sonderheft, S. 41-70.

ders.:

Tarifvorrang und Mitbestimmung des Betriebsrats beim Arbeitsentgelt,
BB 1979, S. 1201-1204.

ders.:

Die Betriebsvereinbarung, in: AR, Arbeitsrecht-Blattei D (Bes-Bu),
(zit.: Säcker, AR-Blattei D, Betriebsvereinbarung I).

Scharmann, Gisela:

Die ablösende Betriebsvereinbarung, Frankfurt am Main 1988,
(zit.: Scharmann, Ablösende Betriebsvereinbarung).

Schaub, Günter:

Arbeitsrecht-Handbuch, 8. Auflage, München 1996,
(zit.: Schaub, ArbR).

ders.:

Die Änderungskündigung, in: **Hromadka, Wolfgang**, Änderung von Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1990, S. 73-107,
(zit.: Schaub, in: Hromadka, Änderung).

- ders.:* Die Entwicklung der Rechtsprechung zur betrieblichen Altersversorgung im Jahre 1980/81, NJW 1982, S. 362-367.
- ders.:* Änderungskündigung und Kündigungsschutz bei Betriebsvereinbarungen, BB 1990, S. 289-291.
- ders.:* Die Beendigung von Betriebsvereinbarungen, BB 1995, S. 1639-1642.
- Schirge, Barbara:* Regelung der übertariflichen Zulagen - aber wie ? Ein Diskussionsbeitrag, AiB 1989, S. 122-124.
- dies.:* Kündigung und Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen über betriebliche übertarifliche Leistungen, DB 1991, S. 441-444.
- Schirge, Barbara / Trittin, Wolfgang:* Übertarifliche Zulagen, AiB 1990, S. 227-253.
- Schlochauer, Ursula:* Die Mitbestimmung des Betriebsrates, in: **Hromadka, Wolfgang**, Änderung von Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1990, S. 221-241, (zit.: Schlochauer, in: Hromadka, Änderung).
- Schmid, Hans Dieter / Trenk-Hinterberger, Peter:* Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Auflage, München 1994, (zit.: Schmid/Trenk-Hinterberger, ArbR).
- Schmidt, Thomas, Benedikt:* Das Günstigkeitsprinzip im Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrecht - Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung, Berlin 1994, (zit.: Schmidt, Das Günstigkeitsprinzip).

- Schmidt-Rimpler, Walter:** Zum Vertragsproblem, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für **Ludwig Raiser** zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 3-26,
(zit.: Schmidt-Rimpler, FS für Raiser).
- ders.:** Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts,
AcP 147 (1941), S. 130-197.
- Schnorr Carolsfeld, Ludwig von:** Arbeitsrecht, 2. Auflage, Göttingen 1954,
(zit.: v. Schnorr Carolsfeld, ArbR).
- Schöne, Thomas /
Klaes, Thomas:** Sittenwidrigkeit von Nachwirkungsklauseln in freiwilligen Betriebsvereinbarungen,
BB 1997, S. 2374, 2376.
- Schukai, Manfred:** Anmerkung zum Urteil des BAG vom 16.3.1988 - 7 AZR 587/87,
SAE 1989, S. 182-185.
- Schulin, Bertram:** Änderung von betrieblichen Ruhegeldzusagen,
DB 1984, Beilage Nr. 10, S. 1-12.
- ders.:** Anmerkung zum Urteil des BAG vom 26.10.1993 - 1 AZR 46/93,
EzA Nr. 53 zu § 77 BetrVG 1972,
S. 11-17.
- Schulze, Peter R.:** Das Günstigkeitsprinzip im Tarifvertragsrecht, Frankfurt am Main 1985,
(zit.: Schulze, Günstigkeitsprinzip).
- Schüren, Peter:** Mitbestimmung bei der automatischen Anrechnung von Tariflohnerhöhungen auf übertarifliche Zulagen,
RdA 1991, S. 139-145.

- Schuster, Kay:** Die Nachwirkung von Kollektivvereinbarungen im Arbeitsrecht - zugleich ein Beitrag zum 65. Geburtstag von **Dieter Gaul**, in: Aktuelle Aspekte des Arbeitsrechts, Fest- und Jubiläumsschrift zum 65. Geburtstag und zum 30 jährigen Bestehen des Arbeitsrechtlichen Arbeitskreises **Dieter Gaul**, Berlin 1987, S. 199-217, (zit.: Schuster, FS für D. Gaul).
- Schwab, Martin:** Offene Fragen und Rechtsanwendungsprobleme nach dem Zulagen-Beschluß des Bundesarbeitsgerichts, BB 1993, S. 495-502.
- Schwerdtner, Peter:** Die Änderung kollektivrechtlich begründeter Ruhegeldberechtigungen, ZfA 1975, S. 171-206.
- ders.:** Offene Probleme des Kündigungsschutzes bei betriebsbedingten Kündigungen - Anmerkungen zum Urteil des BAG vom 24.3.1983 - 2 AZR 21/82 (ZIP 1983, 1105), ZIP 1984, S. 10-22.
- Seiter, Hugo:** Die Betriebsübung - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft und von den Zurechnungsgründen rechtserheblichen Verhaltens im Privatrecht, Düsseldorf 1967, (zit.: Seiter, Betriebsübung).
- ders.:** Betriebsinhaberwechsel - Arbeitsrechtliche Auswirkungen eines Betriebsübergangs unter besonderer Berücksichtigung des § 613 a BGB i.d.F. vom 13. August 1980, Stuttgart 1980, (zit.: Seiter, Betriebsinhaberwechsel).
- ders.:** Die Bindung des Arbeitgebers an eine Betriebsübung - Kann sich der Arbeitgeber einseitig von der Bindung an eine Betriebsübung lösen ? DB 1967, S. 1585-1590.

- Sieber, Roland:** Der mitbestimmungsfreie Dotierungsrahmen der betrieblichen Altersversorgung, BB 1976, S. 367-369.
- Siebert, Wolfgang:** Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für **Hans Carl Nipperdey** zum 60. Geburtstag 21. Januar 1955, Berlin 1955, S. 119-145, (zit.: Siebert, FS für Nipperdey).
- Soergel, Hans Theodor:** Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 12. Auflage, Stuttgart 1987, (zit.: Soergel, BGB, Bearbeiter).
- ders.:** Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-432), 12. Auflage, Stuttgart 1990, (zit.: Soergel, BGB, Bearbeiter).
- Söllner, Alfred:** Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Mainz 1966, (zit.: Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung).
- ders.:** Arbeitsrecht in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Goldbach 1994, (zit.: Söllner, Arbeitsrecht in der Verfassungsordnung).
- ders.:** Grundriß des Arbeitsrechts, 12. Auflage, München 1998, (zit.: Söllner, ArbR).
- ders.:** Die Änderung der Arbeitsbedingungen durch Weisung, in: **Hromadka, Wolfgang**, Änderung von Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1990, S. 13-34, (zit.: Söllner, in: Hromadka, Änderung).
- ders.:** Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1989, S. 144-150.

- ders.:*** Anmerkung zum Urteil des BAG vom 7.4.1970 - 2 AZR 201/69, AP Nr. 3 zu § 615 BGB Kurzarbeit, Bl. 3-4.
- Speiger, Peter:*** Die Reduzierung von Gratifikationsleistungen durch betriebliche Übung, NZA 1998, S. 510-513.
- Stadler, Hubert:*** Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz in Fragen der Leistungsentlohnung, BB 1972, S. 800-804.
- Stahlhacke, Eugen:*** Zulässigkeit und Wirkungen tariflicher Effektivklauseln, RdA 1957, S. 446-451.
- ders.:*** Die Beeinflussung der Effektivlöhne durch Tarifverträge, RdA 1962, S. 223-229.
- ders.:*** Die Zulässigkeit der begrenzten Effektivklausel im Tarifvertrag, DB 1969, S. 791-796.
- ders.:*** Grundfragen der betriebsbedingten Kündigung, DB 1994, S. 1361-1368.
- Stahlhacke, Eugen / Preis, Ulrich:*** Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 6. Auflage, München 1995, (zit.: Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz).
- Staschik, Lothar:*** Grundfragen zur Betriebsvereinbarung, Köln 1990, (zit.: Staschik, Grundfragen zur Betriebsvereinbarung).
- Staudinger, Julius von:*** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - Erstes Buch, Allgemeiner Teil (§§ 90-240), 12. Auflage, Berlin 1980, (zit.: Staudinger, BGB, Bearbeiter).

- ders.:* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 293-327), 13. Auflage, Berlin 1995, (zit.: Staudinger, BGB, Bearbeiter).
- ders.:* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 611-619), 12. Auflage, Berlin 1993, (zit.: Staudinger, BGB, Bearbeiter).
- ders.:* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 620-630), 13. Auflage, Berlin 1995, (zit.: Staudinger, BGB, Bearbeiter).
- Stege, Dieter:* Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Anrechnung übertariflicher Zulagen auf eine Tariflohnerhöhung, DB 1991, S. 2386-2390.
- Stege, Dieter /
Schneider, Reinhold:* Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Anrechnung von Tariflohnerhöhungen auf übertarifliche Zulagen, DB 1992, S. 2342-2346.
- Stege, Dieter /
Weinspach, Friedrich Karl:* Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar für die betriebliche Praxis, 6. Auflage, Köln 1990, (zit.: Stege/Weinspach, BetrVG).
- Strieder, Peter:* Betriebliche Lohnpolitik, BB 1980, S. 420-423.
- Strucksberg, Michael:* Die Kündigung der Betriebsvereinbarung unter Berücksichtigung anderer Lösungsmöglichkeiten, Köln 1967, (zit.: Strucksberg, Die Kündigung der Betriebsvereinbarung).

- Tappe, Konstantin /
Koplin, Bernhard:** Die „negative betriebliche Übung“ - Be-
endigung einer betrieblichen Übung durch
Etablierung einer gegenläufigen Übung,
DB 1998, S. 2114-2118.
- Thüsing, Gregor:** Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats
bei der Ausgestaltung freiwilliger
Jahressonderzahlungen,
DB 1997, S. 1130-1136.
- Tomandl, Theodor:** Probleme der kollektivvertraglichen Ist-
Lohn-Regelung,
ZAS 1969, S. 41-55.
- Trittin, Wolfgang:** Vollständige Streichung übertariflicher
Zulagen - mitbestimmungsfrei ?
AiB 1988, S. 81-84.
- ders.:** Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei
der betrieblichen Lohngestaltung gem.
§ 87 Abs. 1 Ziffer 10 und 11 BetrVG,
Rechtsprechungsübersicht,
AiB 1989, S. 9-14.
- ders.:** Zum Mitbestimmungsrecht bei übertarifli-
chen Zulagen,
ArbuR 1991, S. 329-333.
- Ulmer, Peter:** Der Kaufpreis für Neuwagen bei Unwirk-
samkeit der Tagespreisklausel - Vertrags-
rechtliche Auswirkungen des BGH-Urteils
vom 7.10.1981,
BB 1982, S. 1125-1130.
- Ulmer, Peter /
Brandner, Erich /
Hensen, Horst-Diether:** AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur
Regelung des Rechts der Allgemeinen
Geschäftsbedingungen, 7. Auflage,
Köln 1993,
(zit.: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG).
- Vassilakakis, Georg:** Die Konkurrenz von Betriebsvereinbarun-
gen mit Allgemeinen Arbeitsbedingungen:
zur Problematik der ablösenden Betriebs-
vereinbarung, München 1988,
(zit.: Vassilakakis, Konkurrenz).

- Vielhaber, Otto:*** Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der betrieblichen Lohn- und Gehaltsgestaltung, BB 1953, S. 981-984.
- Vogt, Aloys:*** Harmonisierung von Arbeitern und Angestellten durch vereinheitlichte Lohn- und Gehaltssysteme, DB 1975, S. 1025-1030.
- Voigt, Burkhard:*** Der kollektive Günstigkeitsvergleich im System der arbeitsrechtlichen Gestaltungsmittel, Pfaffenweiler 1992, (zit.: Voigt, Der kollektive Günstigkeitsvergleich).
- Waltermann, Raimund:*** Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, Tübingen 1996, (zit.: Waltermann, Rechtsetzung).
- ders.:*** Zuständigkeiten und Regelungsbefugnisse im Spannungsfeld von Tarifautonomie und Betriebsautonomie, RdA 1996, S. 129-139.
- Wank, Rolf:*** Einvernehmliche Änderung von Arbeitsbedingungen, in: ***Hromadka, Wolfgang***, Änderung von Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1990, Seite 35-72, (zit.: Wank, in: Hromadka; Änderung).
- ders.:*** Tarifautonomie oder betriebliche Mitbestimmung - Zur Verteidigung der Zweischranken-Theorie, RdA 1991, S. 129-139.
- ders.:*** Kurzkomentar zum Urteil des BAG vom 26.4.1990 - 6 AZR 278/88, EWiR 1990, § 77 BetrVG 1972 2/90, S. 855-856.
- Weber, Ulrich / Ehrich, Christian / Hörchens, Angela:*** Handbuch zum Betriebsverfassungsrecht, Köln 1998, (zit.: Weber/Ehrich/Hörchens BetrVerfR).

- Weigel, Hanns-Jürgen:** Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung, BB 1974, S. 1583-1586.
- Weiss, Manfred / Weyand, Joachim:** Betriebsverfassungsgesetz, 3. Auflage, Baden-Baden 1994, (zit.: Weiss/Weyand, BetrVG).
- Wenzeck, Joachim:** Die verschlechternde Betriebsvereinbarung - Zur Beschränkung arbeitsvertraglicher Individualabreden und Einheitsregelungen durch Betriebsvereinbarungen in Vergangenheit und Gegenwart, Gießen 1986, (zit.: Wenzek, Die verschlechternde Betriebsvereinbarung).
- Westhoff, Stefan:** Die bisherige Rechtsprechung zur Mitbestimmung bei Provisionssystemen und ihre Folgen für die Praxis, DB 1980, S. 1260-1265.
- Weyand, Joachim:** Die normativen Rahmenbedingungen der betrieblichen Lohngestaltung nach der Entscheidung des Großen Senats vom 3.12.1991, ArbuR 1993, S. 1-12.
- Wiedemann, Herbert:** Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966, (zit.: Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis).
- ders.:** Übertarifliches Entgelt und tarifliche Effektivklauseln, in: Gedächtnisschrift für **Rolf Dietz**, München 1973, S. 361-376, (zit.: Wiedemann, GS für R. Dietz).
- ders.:** Anmerkung zum Urteil des BAG vom 7.8.1967 - 3 AZR 493/65, AP Nr. 121 zu § 242 BGB Ruhegehalt, Bl. 4-6.

- ders.:*** Anmerkung zum Urteil des BAG vom 18.7.1968 - 5 AZR 400/67, AP Nr. 8 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, Bl. 3-4.
- Wiedemann, Herbert / Stumpf, Hermann:*** Tarifvertragsgesetz, 5. Auflage, München 1977, (zit.: Wiedemann/Stumpf, TVG).
- Wiese, Günther:*** Das Initiativrecht nach dem Betriebsverfassungsgesetz, Darmstadt 1977, (zit.: Wiese, Das Initiativrecht).
- ders.:*** Zum Gesetzes- und Tarifvorbehalt nach § 87 Abs. 1 BetrVG, in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 1979, S. 661-680, (zit.: Wiese, 25 Jahre BAG).
- ders.:*** Zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei freiwilligen, jederzeit widerruflichen Zulagen und/oder auf diese anrechenbaren Tariflohnerhöhungen, NZA 1990, S. 793-804.
- Wlotzke, Otfried:*** Das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis des Tarifvertrags zum Einzelarbeitsvertrag und zur Betriebsvereinbarung, Heidelberg 1957, (zit.: Wlotzke, Günstigkeitsprinzip).
- Wolf, Manfred:*** Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen am Beispiel der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen, RdA 1988, S. 270-276.
- Wolff, Hans J. / Bachof, Otto:*** Verwaltungsrecht I, Ein Studienbuch, 9. Auflage, München 1974, (zit.: Wolff/Bachof, VerwaltungsR I).
- Zachert, Ulrich:*** Neue Entwicklungen zur Tarifautonomie und betrieblichen Mitbestimmung, NZA 1988, S. 185-190.

- Zielonka, Klaus:** Einseitig verpflichtende Gesamtzusagen im Arbeitsrecht ? Köln 1967, (zit.: Zielonka, Gesamtzusagen).
- Ziepke, Jürgen:** Anrechnung und Widerruf übertariflicher Entgeltbestandteile, Düsseldorf 1993, (zit.: Ziepke, Anrechnung und Widerruf).
- ders.:** Die Anrechnung von Tariflohnerhöhungen, BB 1968, S. 389-393.
- ders.:** Die Anrechnung von Tariflohnerhöhungen, BB 1981, S. 61-71.
- Zöllner, Wolfgang:** Versorgende Flexibilisierung durch Vertragsklauseln, in: **Hromadka, Wolfgang**, Arbeitsrecht und Beschäftigungskrise - Flexibilisierungsvorschläge zur Überwindung der Massenarbeitslosigkeit, Stuttgart 1997, S. 23-50, (zit.: Zöllner, in: Hromadka, Arbeitsrecht und Beschäftigungskrise).
- ders.:** Privatautonomie und Arbeitsverhältnis - Bemerkungen zur Parität und Richtigkeitsgewähr beim Arbeitsvertrag, AcP 176 (1976), S. 221-246.
- Zöllner, Wolfgang / Loritz, Karl-Georg:** Arbeitsrecht, 5. Auflage, München 1998, (zit.: Zöllner/Loritz, ArbR).